ULRICI HUBERI

JURIS CONSULTI

SUPREMAE FRISIORUM CURIAE EX SENATORIS

PRAELECTIONUM JURIS CIVILIS

TOMI TRES

SECUNDUM INSTITUTIONES ET DIGESTA

JUSTINIANI

ACCEDUNT

CHRISTIANI THOMASII J. C.

ADDITIONES

ET

LUDERI MENCKENII JURIS CONSULTI

REMISSIONES AD JUS SAXONICUM

AC

JUDOCI LE PLAT J. C.

ADNOTATIONES

TOMUS I.

MACERATAE
APUD VIARCHI ET GRAZZINI EDITORES
SUPERIORUM PERMISSU
MDCCCXXXVIII.

EX OFFICINA JOSEPHI CORTESI.

CELSISSIMO ET ILLUSTRISSIMO

PRINCIPI

HENRICO CASIMIRO

D. G. PRINCIPI NASSAVIAE ETC., COMITI CATIMELIBOCORUM, VIANDAE, DIETZIAE, SPIGELBERGAE ETC., BARONI LIESVELDIAE, DOMINO BIELSTEINII ETC., GUBERNATORI HEREDITARIO FRISIAE ET ARMORUM PRAEFECTO SUPREMO ETC, UT ET GRONINGAE, OMLANDIAE, DRENTIAEQUE GUBERNATORI ET CAPITANEO GENERALI ETC., ACADEMIAE FRANEKERANAE CURATORI HONORARIO MAGNIFICENTISSIMO.

Audacius hic liber in conspectum Celsitudinis Tuae prodit, **Henrice Casimire**, princeps illustrissime, *postquam Tu splendidissimis avitae Hereditatis atque delatis a Republica titulis nomen Curatoris Academiae, sed honorarii, sed magnificentissimi addere non adspernatus es. Et cui potius conveniebat, hanc Tibi dignitatis accessionem gratulari, quam ei, quem fors benigna eodem anno praeesse Lyceo voluit, quod post supremum Numen deinceps in te suum decus tutelare, suam in prosperis auctoritatem, in adversis rebus praesidium collocabit et venerabitur. Habemus omnes in memoria, quam liberaliter, quam honorifice et amanter gloriosae recordationis* parens tuus *rem Academicam tutari non contentus, etiam augere, quoties usus ferret, et exornare solebat. Non est animus equidem, nec opportunum fuerit, Academica damna, quae post sapientissimi* principis *lamentabile fatum tulimus, ingrata commemoratione repetere. Sed erigit in spem novam perculsas tempore suo Musas, Tua,*

generose **princeps**, *indoles, quam luculenta primae adolescentiae incrementa, quae inter nos emicuere, jam tum egregie patefecerunt. Optamus utique ac etiam sperare fas sit, quae, cessante Cura Magnificentissima, res nostrae detrimenta cepere, divina quidem bonitate potissimum, sed Te,* **magnanime princeps**, *duce et auctore postliminio reditura. Restitutum iri adempta postliminio, inquam, ominamur, ut quae suspensa magis violentia belli, quam sublata penitus et extincta credere nos jubet amor ille vetus Frisicae gentis adversus literas et literatos. Tu vero, cui bono,* **Henrice Casimire**, *nuncupationes ornamentorum tuorum literario nomine claudi et obsignari passus es, quam ut praetextum benefaciendi Musis earumque alumnis sub titulo Curatoris haberes! Serviet hoc nomen tibi, credo, velut arcanum aliquod potentiae, vel ingens privati subsidium aerarii; quaerendum inde videlicet, ubi nihil lucri proponitur, quam bona mens et paupertas. Enimvero ipsum nomen Curatoris*

Palam loquitur, esse munus, quod suscepisti, non honorem esse delatum, cujus omnis excellentia in beneficio exercendo orditur atque consumitur. At ne parum Te, **Henrice Princeps**, *Curatorem fore praesumas, scito, pupillam tutelae mandatam esse Tuae obnoxiam contemptui et injuriis, innocentia male tutam sola, denique tanta auctoritate Tutoris et indigam nec indignam. Quin, aut me vehementer opinio fallit, aut nimio generosus erit* Nassavius *sanguis, quam ut tanto apparatu, nomen otiosum, sine re, sine virtute sibi datum videri patiatur. An loquerentur solum homines,* **Henricum Casimirum** *Academiae Curatorem esse creatum, idque brevi auditu alii transmitterent; non loquerentur, Eum esse et Eum agere Curatorem! Hoccine reputatio honoris in tanto fastigio, in tam acri ingenio ferret, ut novissimus hic titulorum, velut inane complementum, reliquis subjiceretur! Quin potius, sicut Illustres Patriae Patres judicavere, Principis et Comitis et Hereditarii Gubernatoris sui decus,*

additamento literarii characteris non dehonestari, sic etiam hoc mihi, sapientissimis hominibus propositum esse videtur, ut attenuatam Academiam integris ornamentis suis novaque beneficentia complectantur et erigant et pristino splendori restituant. Quod ut Tu, magnificentissime curator, *adjuvare, promovere, perficere velis, ut pupillam, quae se totam Tibi dedit, a Te tota pendere cupit, patrocinio curaque tua benefice magnificeque foveas, id ipsas Te Camenas rogare, obtestari, supplicare puta; Etiam vero juxta illas, hunc librum ejusque auctorem*

Celsitudinis Tuae

Kal. Aug. MDCLXXVIII.

HUMILLIMUM ETC.
ULRIC. HUBER.

ULRICUS HUBER

AUDITORIBUS SUIS SAL. D.

Etsi, cum primum Juris docendi munus in patria Academia aggressus sum, me valde memini alienum esse ab eo consilio, cujus nunc specimen exit in lucem, nihilominus ita semper arbitratus sum, studiosis adolescentibus expedire, ut ob oculos habeant librum, in quo summa eorum, quae a Praeceptore, quem audiunt, inculcantur, iisdem fere verbis comprehensa sit. Nam pauci ea felicitate ingenii atque memoriae sunt, ut semel dicta retinere vel reddere, multo minus ea cum aliis scriptoribus stylo methodoque diversis comparare queant. Sed ego constitueram, scripta *Wissenbachii* nostri, quae in omnium manibus heic erant, meis auditoribus in hunc usum commendare: nam Praeceptoris mei sententias valide possidebam et in magno commodo reputabam, si primis disciplinae fundamentis defunctus animum statim ad altiora conferre possem. At postquam hanc viam ingressus sum, ut totum me cum publicis, tum et domesticis institutionibus darem, sensi, *Wissenbachiana* ad hunc scopum mihi non sufficere; quia non visum fuit viro summo, artem integram uno nexu conjunctam tradere, sed quaestiones praecipuas separatis positionibus illustrare, mixtis subinde definitionibus atque partitionibus, minime tamen omnibus, nec ita ut plene penitusque intelligi possent. Scitis, quantum Praeceptoris optime de me meriti memoriae tribuam, quantopere etiam vobis lectionem ejus commendem; sed quod eum κατὰ πόδας in collegiis non sequor, ratio, ni fallor, illa, quam dixi, bonis aestimatoribus non improbabitur. Mitto dicere, quod ea felicitas mihi non contingit, ad quam ille se examussim composuerat, ut Praeceptoris sui opiniones, ad usque senectam magno animo tueretur, in statuendis antinomiis, in carpendis Justiniani Ministris, in pluribus sententiis, quae a vulgo recedebant. Nam etsi in discendo me credulum, ut habet praeceptum, sedulo praebuerim, quod tamen cum maturiore judicio cuncta examinassem, aliter vos docere non potui, quam bona fide intelligerem mihique persuasissem, aequus judex vitio non

vertet. Nam si quid hac parte vitii latet, id naturae qualitati, non animi proposito fuerit imputandum. Enimvero, licet ineptum id forte videbitur, ego etiam in hoc capite, ex eventu mihi blanditus sum; quod, cum minime id agerem, ut communes Interpretum opiniones mihi sequendas praejudicarem, omnibus tamen exactis et perpensis, in id ingenii mei trutina plerumque declinaverit, quod communi scholae jam pridem visum fuerat. Meministis, quam me nunquam repertis novitatibus venditaverim, quam saepe illis restiterim, nec id tamen odio novitatum vel invidia laudis alienae factum, cujus causas procul habui: quin faveo ingeniis seculi et laudo inventores bonarum rerum etiam novissimarum: sed oportet hanc esse mei innoxiam ingenii simplicitatem, quod in receptis, etiam re bene perpensa, magis acquiesco: Neque vero aliis tamen scripta vobis obtrusi; illud inprimis arrisit ac etiamnum placet, τὰ κοινὰ κοινῶς. Porro alium a *Wissenbachio*, cujus ductu Jus certum et controversum ad Institutiones et Pandectas aequabiliter explicarem, non facile reperiebam. Etenim ita semper faciendum putavi, non ut totum Jus nova methodo, aut secundum seriem Pandectarum uno contextu tractarem, sed ex voluntate Justiniani Augusti, quam merito plurimi facimus, Institutiones ante Pandectas tyronibus discendas proposui; quemadmodum hic mos adhuc per omnes, ni fallor, Academias, quicquid novi methodistae moliti sunt, locum usumque suum retinuit. Hactenus tamen mos seculi praescriptum Imperatoris subegit, ut Institutiones non semestri opera transmittantur, sed paulo tractentur diutius atque pressius elaborentur. Non quod auctor sim, ut plus semestri spatio explicandis iis impendatur, quod ego quidem non soleo; sed quoniam mea sic ratio est, ad ulteriora non producere studiosos, antequam priora bene solideque digesserint et exprompta memoria judicioque complexi sint, quae res aliquam moram et juxta vetus illud, δὶς καὶ τρὶς τὰ καλά, repetitionem postulat. Suasi et illud, ne diffusa lectione initia sua confunderent; sed ita existimarent, nihil melius instituere se posse, quam ut Praeceptorem suum describerent non tam calamis quam animo. Illi vero utrumque gnaviter fecere, atque ex ore praelegentis ad Institutiones et Pandectas continuas ἀκροάσεις, πυκνὰς, ut fit exaraverunt. Has ego mendis scatentes operoseque describendas, non gravatus sum, ut eorum operas levarem aere typographico excudendas dare, at sine meo nomine, quod tumultuarium opus non merebatur. Utinam de praesenti opusculo non idem aliquando sit optandum! Verum ad hoc quidem ipsa me necessitas compulit, ut postquam auditores meo praescripto uti coeperunt, illo videlicet brevi atque conciso, aliquid iis subministrarem, quo priora enucleata

plenius exponerentur. Quam mihi initio professionis nihil tale propositum fuerit, feci palam, cum primum Digressiones Justinianeas publico dedi: sed persona suscepta fuit absolvenda et auditorum utilitati vel invito serviendum. Ratio instituti est, ut jus Romanum breviter et perspicue enarretur, factaque quandoque digressiuncula in nobiliores controversias, monitisque lectoribns, quid universali consuetudine vel moribus Patriae obtineat (aliarum gentium, quod infinita et aliunde petenda judicabam, rarius memini). In pandectis nihil eorum, quae ad Institutiones dicta sunt, repetimus; sed quae capita illic non tradnntur, ea plene, sicut in prima parte factum, exequemur: quae cum Institutionibus παράλληλα sunt, de his singularia et in prima parte non dicta memoramus, ut ita ex Institutionibus atque Pandectis aequabile corpns fundamentorum Juris exhibeamns, quemadmodum in principio hujus scripti constitutum erat. In ipsis collegiis viva voce argumenta Institntionum examinanda recolimus. Ita commodum Institutiones semestri, Pandectas annuo spatio absolvimus. Institueram aliquando disputationes scribere fundamentales, quae non sunt absolutae, propter obitum Typographi, et quoniam usus me docnerat, haec in iis esse peccata; congesseram illuc in unum locnm omnia, quae in locis παραλλήλοις de iisdem materiis ferme dici poterant et revera in Pandectis erant dicenda. Diffuderam me nimis in quaestiones philologicas et observationes humaniores: sed nunc in ea sum haeresi, Jurisprudentiam οἰκείοις fundamentis et propria supellectile debere esse contentam; non quod Jureconsultum esse pntem consummatum, qui varia eruditione non sit excultus, et cui vetustas artis suae ignota sit, Romana inquam; sed quod eam in Jure docendo non credo exercendam, multo minus ostentandam; delibari dumtaxat et promi exinde, quod ad intellectum Artis est necessarium, nec ultra volo. Propterea, quae hujus erant generis, secrevi in Digressiones sive observationes, quas humaniores appellavi, quatenus Institutiones publice praelegi. Hic Jus habetis cultum et instructum eo instrumento, quod ornet nec oneret; dumtaxat ita conatus sum. Denique ex his meis rationibus facile animadvertetis, me non metuere multitudinem eorum, qui ad Institutiones et ad Pandectas scripsisse dicuntur; nam ego vobis consultum volo, si periturae sunt hae lectiones cum ego amplius non ero, nihil recuso; modo vobis, qui nostris viis ambulatis, hae prosint, quod non modo jam spe bona praesumpsi, sed et luculenter expertus sum. Quid ergo? Dicetis; huiccine libro soli inhaerebimus, alios, non curabimus? Minime vero, inquam, sed hoc Catone vos primo velim esse contentos, qui mae vocis ministerio utimini; At vero cum haec subegeritis, tum

quocunque velitis vagamini, et meliora reperta meis libere praeferte; quin et me docete, quo nihil erit gratius; neque novum erit mihi, quoties eveniet posthac, a discipulis esse doctum; saepe cum fructu id expeto. Sed nolo vos diutius remorari: Si mea scripta non valent, praefationibus nihil proficiam; ne quidem, si typographum aut amicum, notum vel ignotum subornem, qui me meosque conatus invidendis laudibus oneret: In hac iterata editione accidit, quod solet iis, qui docendo scribendoque proficiunt, ut emendando et novando non possint abstinere: quemadmodum heic notabili accessione, si cui priora cum posterioribus conferre libeat, factum deprehendetur. Auxit haec incrementa consilium huc referendi Scholia, quae Vir Cl. *Christianus Thomasius*, Jurisconsultus Lipsiensis, ante biennium *Positionibus* nostris adjecta, publici juris fecit, quae cum ex his *Praelectionibus* sint desumpta, quicquid ad illas spectabat, huc perinde referri poterat. Longe autem melius operisque modo convenientius erat, Scholiorum considerationem in his praelectionibus exequi; nisi quatenus heic jam prius occupata, expositaque fuerant: nam quae hujus erant generis, omisimus. Coeterum, non ingratas fore Lectori observationes, quae ex ipsis scholiis et responsionibus ad illa natae sunt, confidimus; cum, quod minime spernenda aut vulgaria sunt, quae Vir Eruditus protulit, tum quod lectionum et disputationum perpetuarum densitas his quasi emblematis ac intermissionibus distingui et recreari non incommode posse videbatur. Vos fruimini sultis et faciente Deo Pandectarum Expositiones, sequenti anno, expectate. Si quae vobis occurrent mendae, quas graves fore non spero, eas benevole emaculate. *Valete.*

INDEX QUAESTIONUM

Secundum ordinem Institutionum.

73. Distinctio inter modos et causas dominii adquirendi in scholis juridicis necessaria est. 14.
74. Mare non potest redigi in dominium, nisi quatenus est accessio terrae, nec civili neque gentium jure. 15.
75. Qui res in mare, naufragii vitandi causa abjectas, animo lucrifaciendi tollit, furtum committit. 21.
76. Qui res, quarum Dominus ignoratur, invenit, non potest eas dare pauperibus. ibid.
77. Alveus fluvii derelictus pro parte vel totus indistincte adquiritur iis, qui proximos habent fundos. 27.
78. Inundatio non mutat dominium. ibid.
79. Actio de tigno juncto in duplum, datur etiam adversus eum, qui bona fide tignum junxit aedificio suo. 29.
80. Qui sciens in alieno solo aedificavit, ne materiam quidem, diruto aedificio, vindicare potest. 30
81. Qui bona fide in solo alterius aedificavit, et aedificium restituit, impensas deinceps repetere non potest. ibid.
82. Specificatio dominium tribuit, etiam ei, qui sciens malaque fide ex aliena materia fecit novam speciem. 33.
83. Inter confusionem et commixtionem, ratione dominii adquirendi, nihil interest. 34.
84. Fructum perceptio non est species accessionis, verum modus adquirendi dominii peculiaris. 35.
85. Bona fides non est causa, sed requisitum necessarium adquirendi fructus. ibid.
86. Fructus naturales ex ratione iuris non fiunt bonae fidei possessoris. ibid.
87. Perceptio est causa dominii fructuum adquirendi. ibid.
88. Consumptio non est ejus rei causa. ibid.
89. Tamen bonae fidei possessor extantes licet perceptos fructus domino fundi restituere cogitur. ibid.
90. Traditio ex ratione juris Gentium non requiritur ad dominium transferendum. 37.
91. Nec jure civili vacua possessio ad dominii translationem necessaria esse videtur. ibid.
92. Procurator ad omnia bona simpliciter datus, res domini alienare potest, si id illi evidenter expediat. 40.
93. Possessio recte definitur, detentio rei corporalis, cum animo sibi aut alii eam habendi. 42.
94. Possessio non est jus in re. lib. 2. tit. 1. 11. in fin. lib. 4. tit. 15. 2. 7.
95. Servitus non est, nisi quae sit utilis praedio dominanti. lib. 2. tit. 3. 1.
96. Qui habet actum, is etiam habet iter; qui viam, et actum. 3.
97. Qui non debet vicino servitutem, potest ejus lumina penitus obscurare aedificando, si velit. 7.
98. Luminum servitus differt a servitute luminibus non officiendi. 8.
99. In praescriptione servitutum non requiritur necessario bona fides, neque titulus, neque scientia domini. 10.
100. Definitio ususfructus, quod sit jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia, satis accurata esse videtur. t. 4. 1.
101. Ususfructus non recte dividitur in causalem atque formalem. 3.
102. Vestimentorum verus ususfructus est 3.
103. Cautio ususfructus non potest a testatore remitti. 4.
104. Male utendo non finitur ususfructus. 7.
105. Cessio ususfructus in alium quam in rei dominum facta nullius momenti est, nec ad finiendum usumfructum pertinet. 8.
106. Venditio tamen ususfructus non est prohibita, quod ad effectum emolumenti attinet. ibid. seq.
107. Operis legatis, ususrelictur videtur t. 5. 4.
108. Usucapio, sicut jure Romano prodita est, non abhorret a rationibus justitiae ac honestatis. tit. 6. 2.
109. Res oppignorata et ab ipso debitore surrepta potest a tertio usucapi. 8. fin.
110. Emptor et donatarius utuntur accessione temporis, quo antecessores eorum

148. Substitutio pupillaris ultra tempus pubertatis facta non flectitur in vim fideicommissi. 11.
149. Testamentum prius, in quo testator sibi ipsi derogavit facultatem mutandi testam, tamen per posterius tolli potest. tit. 17. 2.
150. Posterius tamen simpliciter factum non tollit prius, in quo est talis clausula derogatoria. ibid.
151. Revocatio solemnis facta coram septem testibus sufficere videtur ad revocandum prius testamentum. 9.
152. Posterius testamentum, salvo priore, aboletur: an prius recuperat vires suas? Non videtur, nisi testator id expresserit 7.
153. Querela inofficiosi non est diversum judicium ab hereditatis petitione ex causa inofficiosi. tit. 18. 2.
154. Posthumis exheredatis etiam datur querela inofficiosi. 6.
155. Renunciatio hereditatis a liberis, vivo patre facta, non excludit querelam inofficiosi. 7.
156. Legitima recte dicitur *portio hereditatis*, etiam recte *portio bonorum*. 9.
157. Est tamen portio portionis ab intestato debitae, non totius hereditatis. ibid.
158. Augmentum legitimae de quadrante in trientem, locum etiam habet in parentibus. 11.
159. In sola proprietate Legitima non potest relinqui aut adsignari. 12.
160. Exheredationem bona mente fieri, non est a ratione alienum. 13.
161. Condictioni ad supplementum legitimae non praescribitur, nisi triginta annorum spatio. 16. in fin.
162. Filiusfamilias non transmittit querelam semper ad heredes suos haud praeparatam. 5.
163. Si filius juste fuerit exheredatus et post patrem mortuus, nepos ex eo non habet querelam. ibid.
164. Testamentum, in quo scripta est exheredatio sine causa, vel ex causa legi incognita, non est ipso jure nullum. 15.
165. In temporibus, quibus cum heredibus extraneis debet esse testamenti factio, nihil erroris commissum est a Triboniano in § 4. *Inst. de Hered. qual. et diff.* secus ac Vinnius. tit. 19. 2.
166. Filiusfamilias, neglecto inventario, non amittit legitimam. 6.
167. An et Trebellianicam heres extraneus? Utrumlibet. 5.
168. Infantes et furiosi non possunt hereditatem transmittere ad successores suos, nisi a parentibus ipsis delatam. 10. seq.
169. Subripiendo aliquid e rebus hereditariis non amittitur jus repudiandi. 14.
170. Legatum recte definitur, *donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda.* tit. 20. 1.
171. In legato generis, electio est legatarii. 19. seq.
172. Qui rem alienam sibi legatam emit, etiam sciens legatam esse, tamen ejus pretium petere potest. 7.
173. Res legatarii propria non potest ipsi legari, nec peti, licet deinceps alienata. 10.
174. Rei extra commercium positae, legatae, nequidem aestimatio debetur. 4.
175. Posthumus alienus tam institutionis heredis quam legati olim incapax fuit. 21.
176. Jus accrescendi locum habet inter quoslibet conjunctos. 25. in fin.
177. Error nominis proprii non vitiat legatum, secus in appellativo. 28.
178. Actio personalis de legatis datur adversus singulos heredes pro partibus hereditariis. 31. seq.
179. Fructus et usurae legatorum praestantur a tempore morae. 32.
180. Repudiatione praelegatum non amittitur. tit. 21. 4.
181. Si ex lana legata vestis sit facta, legatum extinguitur. 3.
182. Jure etiam novo heres compellere potest legatarios, si quarta salva non sit, ut secum paciscantur. tit. 22. 4.

217. Sponsio de rebus futuris non turpibus obligationi et actioni producendae valida esse videtur. 13.
218. In causis criminalibus, quarum poena cruciatus corporis aut relegatio est, non potest dari fidejussor, nec quidem ad carceres ille se obstringere potest. tit. 21. 2.
219. Pro naturali obligatione potest intervenire fidejussor et obligatur; imo non potest. 3.
220. Qui spopondit in majorem summam, quam debet reus principalis, plane non tenetur. 4.
221. Imo ille tenetur in concurrentem summam. ibid.
222. Fidejussor, qui se obligavit ut principalem, ideo non amittit beneficium ordinis. 6.
223. Beneficium cessionis, post solutionem factam, non habet amplius usum vel effectum. 8.
224. Literarum obligatio non sine ratione a Justiniano constituta est. tit. 22. 4.
225. A contractu emptionis venditionis solo consensu perfecto, non licet alteri, altero invito, recedere, nequidem cum dispendio arrbae. tit. 24. 3.
226. Nec quidem oblato eo quod interest aut duplo, venditor evitare potest tradendi necessitatem. 4.
227. Rerum, quae commercio exemptae sunt, venditio recte consistere et non consistere dici potest. 11.
228. Periculum rei venditae necdum traditae pertinet ad emptorem. 9.
229. Sed culpam praestat venditor levem dumtaxat. ibid.
230. Si tertius, in cujus arbitrio pretium a contrahentibus positum est, iniquum dicat, infra duplum tamen, non datur reductio ad arbitrium boni viri. 6.
231. Permutatio est contractus innominatus. 7.
232. Locatio conductio requirit etiam, ut merces in sola pecunia numerata constituatur. tit. 25. 4. seq.
233. Emphyteusis est contractus juris gentium, sicut locatio conductio et emptio venditio. 7.
234. Locatio conductio non desinit esse talis, eo quod dominium accidit in eo transferri. 10.
235. Conductor non nisi de levi culpa tenetur. 12.
236. In societate, quando nihil conventione expressum est, partes intelliguntur aequales et quidem arithmeticе. tit. 26. 3.
237. Quando sociorum alter solus contulit sortem, alter eam sortem non participat. 4.
238. Mandati generalis divisio in simplex et cum libera, non videtur habere rationem. tit. 27. 2.
239. Mandatarius rei illicitae per imprudentiam excessum in exequendo mandato committens, eo ipso mandantem ordinariae poenae alligare videtur. 6.
240. Salarium actione mandati nullo modo peti potest. 11.
241. Mandatarius etiam de levissima culpa tenetur. 7.
242. Morte mandantis vel mandatarii finitur mandatum. 10.
243. Negotiorum gestor etiam levissimae culpae reus fit. tit. 28. 2.
244. Non solum facti, sed etiam juris error, condictioni indebiti locum facere potest. 7.
245. Qui solvit quod non debebat vero creditori, potest condicere quod solvit. 8.
246. In transactione locum habet condictio indebiti, perinde ac in aliis contractibus. 11.
247. Solutio per partes invito creditori non potest obtrudi. tit. 30. 3.
248. Sed ante diem invito solvi nihil vetat. tit. 16. 3. tit. 30. 3.

289. Rei persecutoria et mixta super eadem re, se invicem non penitus consumunt. ibid.
290. Institores et quicunque rebus alieuis praepositi sunt, officio finito non videntur teneri. tit. 7. 5.
291. Actio Tributoria non datnr ad petendam divisionem mercium peculiarium. 6.
292. Actio de peculio non datur de peculio adventitio. 7.
293. Actio de in rem verso datur etsi non duret versnm. 8. fin.
294. Filiusfamilias mutuam pecuniam accipiens et naturaliter et civiliter obligatur. 10.
295. Idem non potest renunciare Senatusconsulto Macedoniano. 11.
296. Nulla actio ex delicto, licet rei persecutoria, datur in heredem. tit. 12. 5.
297. Actiones e contractu, etiam ubi de dolo agitur, adversus heredem dantnr. ibid.
298. Exceptiones quaecunque rem feriunt, quavis parte judicii opponi possunt. tit. 13. r4.
299. Exceptionis exceptio non datur, et est inventum μετρίας forensis. 16.
300. Interdicta non dantnr ex jure aliquo in re constituto, nec unquam in rem actiones sunt. tit. 15. 2.
301. Interdictum uti possidetis non datur heredibus. 8.
302. Interdictum uti possidetis etiam de servitutibus dari videtur. ibid.
303. Interdictum unde vi datur etiam heredibus. 12.
304. Judex, cui aliter de facto constat, quam ex actis et probatis liqueat, neque secundum suam unius scientiam, neque ex actis judicare potest. tit. 17. 3.
305. Poena perduellionis ad liberos inique videtur extendi, eo tamen publicatio bonorum patris delinquentis non pertinet. tit. 18. 4.
306. Adnlterium a conjugato cum virgine viduave non committitur. 5.
307. Polygamia in viro non est adulterium, in muliere secus. ibid.
308. In sponsam quoque alterius committitur adulterinm. ibid.
309. Poena adulterii lege Julia non fuit capitalis. 6.
310. Qui hominem sica vel gladio in rixa occidit, non est eximendus ordinaria legis Corneliae poena. 8.
311. Uti nec is, qui alium pro alio interfecit. ibid.



PRAELECTIONUM

SIVE EXPOSITIONUM

JURIS JUSTINIANAEI,

PARS PRIMA,

EXHIBENS INSTITUTIONES IMPERIALES.

Ratio Instituti praesentis. Studium Juris Theoreticum vel Practicum. Historia Librorum Juris. Auctoritas Librorum adversus se invicem. An dentur Antinomiae. De methodo juris discendi, obiter. Adseritur fides Imp. quod nihil his libris obsoleti contineatur. Quo sensu Institutiones sint totius Juris elementa. Rursus aliquid de methodo. Summa prooemii Institutionum.

Constitui, in gratiam Auditorum meorum; scientiam Juris Romani meis verbis, ex ἀρχῶν. hoc est, *suis* principiis, breviter et perspicue complecti, hoc ordine, ut primo *Institutionem* Caesaris succincte exprimam; dein et *Pandectas* ita persequar, ut nihil in Institutionibus dictum repetatur, Quo ita corpus aequabile fundamentorum Juris methodo Justiniani, quam mutare religio est, exhibeatur. Hac vie duas res affecto: Primo, ut hi, quos conditio fortunae festinare jubet, eam Juris facultatem brevi, at nervoso labore adipiscantur, quae ad applicationem judiciorum valide sufficiat; dein, ut caeteri, quibus altior mens, in tempore, omissis systematum magistris, ipsos artis fontes adeant, totumque Juris Corpus et animam, quae non nisi pariter se communicant, quaerere velint. Puto enim, male eos sibi consulere, qui hoc institutum legendi veteres totos et solos aggrediuntur, antequam systematicae doctrinae expromptam memoriam acquisiverint. Dixi alias de hac via copiosius, in *dial. de rat dis. et doc. Jur. subj. Digress Justin.* Praesentem laborem sic attemperabimus, ut fere nihil sit aliud quam expositio positionum Juris, *ad Institutiones et ad Pandectas*, quibus in auditorio privato jam pridem uti coepimus. Ergo nunc ordine rem cernamus, exemplo nostri Principis: In nomine Domini nostri Jesu Christi.

2. (a) Haud absurde Budaeus *d. l. 1. ff. de Just et Jur* sententias juris ait tradi per *axjomata* vel per *positiones*, vocabulis ex usu, ni fallor, mathematicorum desumptis. Nam axiomata nihil sunt aliud quam enunciationes nullius indigae demonstrationis, cujusmodi Plutarchus *in vita Demetrii*, scribit esse postulatum *Principum*, qui imperiis Legum praesidio parum firmatis praesunt, *ut Fratres* suos *liceat occidere*. Nos ratione meliori in hujusmodi axiomatum loco habemus Praecepta Juris, *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere, nemini jus suum auferendum, ne quis re sua male utatur, et similia.*

3. (b) Positiones videntur esse regulae fundamentales Artis, certae quidem et validae, sed altioris indaginis et explicationis, veluti definitiones, partitiones et conclusiones inde collectae. In eo sensu positionis vocabulo utitur Justinianus, eamque *thesin* interpretatur Theoph. *in §. ult. Inst. de Just. et Jure*; quando Juris ajunt duas esse positiones, *Publicum et Privatum*: nempe hae species, quae collocantur un fundamenta detegendi et evolvendi materiam disciplinae, eleganter *positiones* appellantur; atque ejusmodi positionibus ars tota comprehendi potest, quemadmodum a nobis jam pridem institutum est.

4. (c) Compertum nobis erat, eaque sententia usu quotidiano magis magisque nobis sedet, hanc rationem collocandi breves et claras positiones Artem totam exhibentes, tam docentibus, quam discentibus esse commodissimam, quatenus et solidam expositionis copiam praebent Doctoribus, et facile e discipulis memoriae mandantur, atque angustioribus ingeniis, quae magnos rationum discursus non capiunt, intellectum Artis sine ambage suppeditant, validioribus occasionem e paucis multa percipiendi deducendique

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. *et* 4. (c) *Pos.* 5

praestant efficacem. Non possunt equidem rerum omnium rationes hac via declarari: tamen id actum a nobis, ut sententiae Juris ejusmodi nexu cohaererent, quo non tantum τὸ ὅ τι, sed etiam τὸ διότι, caussae quoque rerum vel observari, vel facile monstrari possent.

5. (d) Non desunt clari homines, qui specimina hujusmodi positionum, sed diverso, quam Justinianus, ordine dederint: Vultejus, Althusius, Vinnius *in suis Partitionibus*, alii aliis titulis, quamquam in Academiis non pervicerunt, ut eorum methodos Caesareae praeferretur; non sine gravi caussa: Nam etsi fatendum est, ordinem Justinianaeum in Pandectis potissimum, non esse talem, quin melior et Artis professione dignior institui posset, tamen qui operam ludere nolunt, hi primo statim aditu librorum Juris ut siti sunt, compendium animo condere debent; nam, si primo systematicos novos ediscant, dein libros Justinianaeos tractare coeperint, haec methodi diversitas fieri non potest, quin confusionem memoriae neque minus judicii pariat.

6. (e) Constitutum nobis est, ut modo diximus, collocare fundamenta Juris universi, primo, quod est in Institutionibus totum, dein quod in Pandectis occurret diversum a positionibus Institutionum, cujus rei in principio *Pandectarum* ratio exactior erit reddenda Profitemur universi juris notitiam, non modo quod etiamnum obtinet, sed etiam quod desuetudine inumbratum est; quatenus illud sine hujus summaria intelligentia minus recte percipi potest. Nam hactenus discriminis ratio nobis constat, quod iis, quae juris antiquati sunt, minus prolixe immorandum putamus, eaque tantum ὡς ἐν παρόδῳ atque *in transitu* consideramus; admonitis de usu diverso temporum auditoribus; Etiam de illis, quae in capitibus, quorum usus adhuc in ipsis rerum argumentis obtinet, aliter a pragmaticis scriptoribus, inque foro, quam incorrupta juris monumenta ferunt, accipiuntur. De Praxi universa loquimur, non de moribus singularium locorum de quibus agendi finis non esset. *Frisiae* tamen instituta discrepantia a Jure Romano quandoque commemorabimus; cum quia pauca sunt, tum quod eadem, quae hinc a jure Caesaris abeunt, ubique fere per *Europam*, quae Romanas leges agnoscit, haud dispari modo se habent.

7. (f) Non pollicemur institutionem Controversiarum, sed fundamenta caussasque juris certi, et tamen, quia optimum factu est, disputandi argumenta, sive defendas, sive quid oppugnare velis, ex originibus rationibusque Juris certi petere, ut in quotidianis exercitationibus demonstrare non desinimus, operam quoque dedimus, ut hae positiones ita conciperentur, quo semina quaestionum seu controversiarum decisionumque sic iis inessent, ut facile detegi atque produci queant, adeoque nulla facile celebrior occurrat disputatio, quae non heic breviter valideque collocata sit Observationes equidem historicas humaniorumque literarum non capiebat hujus instituti modus, ideoque eas in Digressionum opus solum pridem secrevimus. Ipsam institutionem a propriis suis principiis educi oportere credidimus; non omissis tamen ex historia vetere, Philosophia morali, subinde quoque e Philologia, quae ad intellectum Artis requiri videbantur.

8. (g) Jurisprudentia sine dubio Practica disciplina est. nec tamen absurde studium ejus Theoreticum vel Practicum dixeris; quorum illud in scholis, hoc in foro tractatur: illud in cognitione, hoc in applicatione consistit. Jus novit, qui scit leges earumque quaestiones, rationes, et conciliationes, *l.* 17. *et seqq. de LL.* Applicat jus, qui de singulis facti speciebus, quid ex legibus statuendum sit, judicat. Cognitio ex libris a Justiniano editis petenda est. Hic enim, quod Caesar Dictator agitavit de jure civili, teste Sueton. *in ej. vit.* c. 44. quod Hadrianus perfecit in Praetorio, feliciter absolvit in utraque, ut ex immensa multiplicis Juris mole, pauca et probatissima seligeret, eaque in certos conferret libros, qui hodie quatuor extant: *Institutiones*, *Pandectae*, *Codex*, et *Novellae*.. His jungenda *Statutorum*, quae in sua cujusque patria sunt, notitia, magis in foro quam in Schola; non tamen ea cognitio non facit partem Theoriae potius quam Studii practici: nosse Leges non potest non esse theoreticum, ut diximus: applicationem ad omnigenas facti species; quae praxeos est, hic periode usu venire, manifestum est: Non enim, quia discrepat ab Arte Justiniani, idcirco notitia Juris hodierni magis quam Antiqui Juris studium, a justi injustique scientia separanda erat.

9. (h) Omnium primo Justinianus, altero Imperii sui anno, aerae Christianae 528. componi jussit Codicem antiquum, in quo collectae fuerunt Constitutiones Principum, qui ab Hadriano ad sua tempora floruerant. Hic anno sequenti est editus. Mox anno 530. compilari jussit *Pandectas*, quae sunt excerpta e commentariis Jurisconsultorum, qui praecipue sub Antoninis Caesaribus scripserunt. Editae sunt anno 532. die XVIII. Xbr. cum paucis ante diebus essent promulgatae Institutiones, ut liquet e subscript. *Proaem. Inst et subscr. l* 2. *C de Vet. Jur. enucl.* Compositae tamen sunt Institutiones post

(d) *Pos.* 6 7. (e) *Pos.* 8. (f) *Pos.* 9. (g) *Pos.* 10. 11. 12 *ad prooem* (h) *Posit* 14.

Codicem et Pandectas, ut idem scribit in §. 2. *et* 3 *Prooem. Inst.* Dein Codicem recognovit multisque locis emendatum et auctum dici voluit *Codicem repetitae praelectionis*; qui exiit anno 534. Exinde prior Codex neglectus periit, et hoc repetito utimur. Postrema omnium liber *Novellarum* prodiit, in quo multa reliquorum librorum mutata videmus.

10. (i) Nam sciendum est, leges librosque posteriores derogare prioribus, *l. ult. D. de constitut. Princip.* Unde et Codex Pandectis praevalet in his, quibus dissentiunt. Nam Constitutiones Imperatorum recentiores sunt Jurisconsultorum commentariis, et tempore pleraeque et genere doctrinae; Unde et Jus Pandectarum passim vetus et antiquum appellatur, d. §. 2. *Prooem. Inst.* §. 1. *de confirm. Digest* Quin et illa, quae ex veteri Codice sunt transcripta et ante Pandectas promulgata, saepe tamen his derogant. Exemplo sint tituli Codicis de *bonis maternis*, de *bonis quae liberis*; nam bonorum maternorum atque adventitiorum proprietas, in *illis titulis* addicitur liberis, qui in potestate Patrum sunt, quae in Pandectis plene jure Parentum erant, *l. placet* 79. *ff. de Acquir. hered.* confer. *l* 12. *C. de Sentent* cum *l.* 48. *D. de re judic.* ubi olim sententiae tantum latine, hodie quoque graece proferri possunt. Item *l.* 1, §. 18. *et* 19. *D. de collat.* cum *l. ult. C. eod.* ubi, olim adventitia bona conferebantur, hodie non conferuntur. Leges istae e Codice allegatae, sunt e Codice antiquo sumptae, ut e subscriptionibus apparet, et tamen continent Jus recentius Pandectis. Factum id Compilatorum incuria, dum quae pridem per Constitutiones erant abolita, Pandectis inseruerunt. Plura dicentur hac de re *ad tit. ff. de orig. Jur.* Quin et Institutiones mutant Pandectas, quoties palam est, jus novum in illis memorari; at cum simpliciter, ut plerumque fit, e veteribus libris describuntur, si qua tum sit a Pandectis discrepantia, fatendum est, hanc esse contrarietatem: Nisi dicere malis, Institutiones, quatenus e Pandectis sunt desumptae, his cedere debere, tamquam auctoritatibus sive *authenticis* suis; extra quam, si manifestus est Caesar abrogationis; tum, inquam, *Pandectae potius praevalebunt* Qui in Germania positiones nostras edidit, *cum scholiis, suis D. Christianus Thomasius*, modestia doctrinaque sua meruit, ut eas heic insereremus additis, ubi res postulet, responsionibus nostris. Is ad haec ultima verba sic notat;

S c h e l i u m.

Casum vellem adduxisset Autor. Ferte respexit ad §. *cum ex aliena. Inst. de R. D.* et *l.* 7. §. 7. *de A. R D. neque sic tamen dixerim, Pandectas praevalere; sed potius Institutiones heic erunt ex Pandectis supplendae. Ergo ego potius dicerem, semper Institutiones tanquam posteriores derogare Pandectis, modo de contradictione constet.*

R e s p o n s i o.

Ratio prius reddenda fuerit dicti nostri, quae haec est, quod Institutiones sint compendium ex latioribus Digestorum libris et ex Codice desumptum; quod ubi simpliciter sine ullo mutationis instituto fit, res vult, ut authentico major sit fides, quam exemplari, et discrepantia tunc ab errore contrahentium esse videatur, arg. l. 2. de fid. Instrum. l. 3. C. de divers. rescr. et pragm. sanct. *Exemplum satis idoneum in scholio allegatum est; nam excussio frumenti ex alienis spicis ponitur ut casus specificationis* in §. 25. Inst. de R. D. *negatur esse specificatio in l.* 7. §. 7 de A. R. D. *quae sunt contrariae positiones. Alia vid. apud A. Matth. coll.* Inst. 2. disp. 1. th. 2. *Id facile concedimus, causam, qua Pandectae praeferuntur Institutionibus, hanc esse, quod pleraeque res in illis plenius et accuratius tractantur et explicantur; ut sententia scholii et nostrae positionis hoc modo a conciliatione non abhorreant.*

N. A d d i t.

Bonum factum, bonum omen. Prima responsio Autoris conciliationem intendit, non pugnam. Nec repugno. Si enim expositionem mentis suae Autor in positionibus, imo in ipsis praelectionibus, (usus enim tum fui editione praelectionum ad Instituta, quae prodiit anno 1678. *in qua plane nihil de hac quaestione extat) tam perspicuam fecisset, ut hoc loco, etiam mihi Scholion superfluum fuisset visum. In mea vero thesi respexi potissimum ad exemplum, quod est* in §. si quis in aliena. 34. de R. D. *junct* l. in rem. 23. §. sed et id quod. 3. ff. de R. V. *et similia, ut tum v. g. quis non putet, Pauli locum praevalere Institutionibus, aut textus Digestorum, ut eos cum Institutionibus conciliet, torqueat contra leges bonae Interpretationis, uti etiam illi textui Pauline a non paucis factum.*

11. (k) Antinomias autem, hoc est, leges contrarias negat Imperator extare in suis libris, utique iisdem, *l.* 1. § 8. *l.* 2. *in princip C. de Vet. jur. enucl.* et e re forct jurisprudentiae, credi nullas dari; vix tamen est, quia

(i) *Pos.* 15. 16. 17. (k) *Pos.* 18.

aliquae, licet paucae, relictae videantur, quibus nullum ingenium sufficiat conciliandis Ipse etiam Caesar hac parte sibi diffidere videtur *in l.* 1. §. 4. *l.* 2. §. 14. *et* 16. *et l* 3 §. 15. *eod tit.* Eligamus igitur ἀριστοτεχνικῶς mediam sententiam, nec multas *dari*, *nec nullas*, Non *nullas*, ne τῶν ἀδυνάτων ἐρᾶν, *impossibilia* conari videamur; *nec multas*, ne Artem et fidem Caesaris prostituamus, monitumque ejus quo subtili mente differentias causarum indagemus, potius diligenter custodiamus.

12. Ex his libris petenda civilis scientia De methodo si quis roget, initium haud dubie ab Institutionibus faciendum; in quo felices praedicantur Juris Studiosi, quod prima legum cunabula ab Imperiali splendore percipiant, § 3. *d. prooem* et habent hoc prae auditoribus aliarum artium, qui omnes novitiis institutionum manualibus utuntur; Nostrarum idem est Autor, qui universae disciplinae; quod magni refert, fonti quam rivis primo esse imbutum. Methodus alioquin est optima sine dubio, quae simplicissima; et est simplicissima, quae ordinem ab juris conditoribus servatum boni consulere, quam aliis insuescere mavult.

13. (l) Sunt Jurisconsulti, quibus pulchrum videtur, naevos Artis, si qui sint, in lucem protrahere; quos et heic objicientes videas Imperatori, quod falso praedicet, nihil inutile aut obsoletum in Institutionibus contineri, § 3. *d. prooem.* multaque ut antiquata ex iis colligunt; sed nullo merito; aut enim diu post editas Institutiones ea sunt abrogata, ut quae de successione ab intestato referuntur in *lib.* 3., aut praemittuntur ὡς ἐν προθεωρίᾳ, sicut loquitur *Theoph.* ut illustretur jus novum, quod saepe aliter intelligi nequit, ut exemplo fideicommissorum historiae liquet, in *tit. de fidecommiss. hered.* idque aperte Justinianus profitetur §. 5. *d. prooem. Diss* A. Matth. *disp.* 2. *fundam. jur.* Wissenbach. *ad hoc prooem. th.* 6.

14 (m) Quod autem Institutiones *totius legittimae scientiae prima elementa* dicuntur §. 4. *d prooem.* id de plerisque scitu maxime necessariis, non de omnibus Juris capitibus intelligendum, ut ex collatione Pandectarum et Codicis liquet: Quin et in institutionibus reperiuntur, quae neque in Codice, nec in Pandectis exstant, ut de inventione Codicillorum, *pr. Inst. de codicill.* de tribus generibus testamentorum, § 1. *de testam. ordin.* catalogus actionum bonae fidei, aliaque pauca, de quibus Cujac. *l.* 11 *observ* 36.

15. Quae praeterea in suo Prooemio Justinianus praefatur, illic legi possunt. Summaria sunt haec;

16. Primo, thesis collocatur haec; *in Principe* requiritur, ut ait ἀμφότερον, βασιλεύς τ' ἀγαθὸς, κρατερός τ' αἰχμητής. Prudentia duplex, belli et pacis, *in pr.*

17. Hanc Justinianus praestitit, devictis barbaris atque editis legum libris, §. 1.

18. Hi sunt, Codex antiquus primo, deinde Pandectae, §. 2.

19 Tertio Institutiones, § 3. in quatuor libros divisae, §. 4. et compendium juris antiqui novique exhibent, §. 5.

20 Neque tantum praebent scholasticae institutionis usum, sed et legum vim plenam obtinent in foro, § 6.

21. Subjicitur adhortatio ad studium juris alacre, spe praemiorum amplissima.

TIT. I.

DE JUSTITIA ET JURE.

Methodi ratio Definitio Justitiae explicata. Divisio Justitiae secundum diversitatem juris tribuendi. Vulgata divisio in universalem et particularem examinatur. Jurisprudentia definitur et definitio explicatur. Item jus, quot modis potissimum accipiatur. Ratio docendi juris in Principio. De tribus Juris Praeceptis. Divisio Juris; In naturale et positivum etc. In Publicum et Privatum. Quare haec divisio praecedat eam, quae est in tit. seq.

(a) Cum Jus ex Justitiae fonte manaverit, eademque sit finis juris supremus, tam *intra* Artem, ut secundum eam leges condantur, quam *extra* illam, ut cives ad justitiae regulam actiones suas instituant; ordine facit Justinianus, quod eam primo loco definivit. Ita enim in disciplinis, quas appellamus Practicas, fieri solere accepimus, ut a fine ad media progrediamur, sicut in Ethicis primo de summo bono, tum de virtutibus, quibus illud adsequamur, agi videmus; hanc methodum vocant *analyticam*. In aliis artibus a simplicibus ad

(l) *Pos.* 19. (m) *Pos.* 20. (a) *Pos.* 1. 2. 3.

composits procedimus, ut io grammatica primo deliteria, a literia ad syllabas procedimus, a syllabis ad integra vocabula eorumque etymologiam, exiede ad compositionem periodi integrae pergunt Magistri. In phisicia inde a primis rerum initiis ad mixta corpora, tandemque ad universum mundom; haec est, sicut ajunt, methodua *synthetica*.

2. *Justitia*, inquit Juatiniaoua, *est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*: *pr h. t.* (1) Voluntatem recte capies in sensu populati, pro consilio et propnaito. Communiter metonymioe pro voluntatia habitu accipitur; Sed quid opus tropo, vel lite, cum Philosophorum illis, qui virtutia sedem in appetitu, non in voluntate collocaot, ut disputat quasi et contra nos Picolomin. *gr. Philosoph* 4. *c.* 12. *Constans et perpetua* dicitur ex mente Veterum Philosophorum, qui sapientem *ἀναμάρτητον*, peccati expertem volebant. Etiam Cicero 1. *de Legib.* virtutem appellat constantem et perpetuam rationem vitae, neo aliter Aristotelea *ad Nicom.* 3. *et* 4. Nos, qui scimus,. juatum cadere septiea, non male sensu Christiano dicemus, Justitiam ita finiri generaliter, qualis esse debet, non cujusmodi in singulia hominibus esse aolet; vel dic, constantiam affectu, non effectu, semper io sapiente reperiri, Justus aberrans, *ἀδικεῖ μὲν, ἄδικος δ' οὐκ ἐστί*, agit quidem injuste, at injustos non est, Arist. 5. *Nicom.* 6. Quid *constans et perpetua* differant, *vid. l* t. *Digress. c.* 7.

3. (b) *Jus*, quod Juatitia cuique tribuit, eat duplex; Unum, quod plene et perfecte oobia competit; veluti quod in damioio et in credito eat, nec non poenae delictorum; alterum, quod imperfecte et probabiliter ad nos pertinet; veluti praemia ad bene merentes, honos ad digniores, atipes pauperum. Prior speoies, quae ad hanc Artem praecipue pertinet, dicatur *Expletrix*, altera sit *Attributrix* Juatitia. Grotius hos terminus invenit, opinor, *lib.* 1. *de Jur. Bell. et Pac* c 1. §. 8 tametai doctriea est veterum. Nam Cicero nihil aliud voluit, quando Juatitiam esse dixit, quae cuique jus suum et digoitatem tribuit, 2. *de Invent. et* 3. *ad Herenn. a pr.* Per jus intelligit facultatem perfectam aliquid habendi agendique; Per dignitatem ea, quae se quisque probabiliter mereri putat, exigere tamen non potest, qualia et Aristotelea ad *ἀξίαν* refert, 5 *ad Nicom.* 1. *et* 2.

4. Nescio, an per hauo divisionem carere liceat distinctione Aristotelica Juatitiae in universalem et particularem; quae sane divisionis proprietatem tueri non potest; Etenim universalem Philosophus 5. *ad Nicom.* 1. ait esse *ὅλην τὴν ἀρετὴν*, *virtutem in genere*, vel saltem exeroitium virtutia universae, *τελείας ἀρετῆς χρῆσιν*: particularem, quae cohibet *τὴν πλεονεξίαν*, id est, cupiditatem habendi plus quam ad se pertineat. Non potest esse diviaio, oujus una species sub se continet alteram. Sed hac partitione in *Expletricem* et *Attributricem*, bene planeque expoaita, videbimua equidem, plerasque virtutes in Justitia exerceri et in plerisque coerceri *πλεονεξίαν*, modo hoc vitium non spectet duntaxat *τὴν ἡδονὴν τοῦ κέρδους*, *lucrum pecuniarium*, ut vult Aristotelea, sed omnem malam cupiditatem, quae alterum in qualibet re quovia modo laedit. Simul evanescere videtur distinotio commutativae ac distributivae Juatitiae, proportionisque Arithmeticae et Geometricae. Non qood illa falsa aut inutilia sint, verum quod haeo divisio clarior et aimplicior, et efficacior ad docendum videatur. Tu vide sis positionea *ad ff. h. th.* 4 *et seq. etc.*

5. (c) Jurisprudentia, quae a Justitia oritur, eoque tendit, est *divinarum atque humanarum rerum notitia*, *justi atque injusti scientia*, §. 1. *h. t.* (2) Res divinae et humanae non omnes, nec absolute huc referuntur, sed verba *justi* et *injusti*, cum prioribus jungenda sunt, ut intelligas *quatenus* in illis quaeritur de justo et injusto; veluti, an res sacrae, sanctae, religiosae possint alienari; quid juris habeat Ecclesia in Republica; an haereticos punire liceat, et similia. Hoo modo iotelligimus, etsi hic definitionea duae cumulari videantur, esse tamen unam eamdemque definitionem, quae genere differentiaque aua constat, ita ut genus ait, *divinarum atque humanarum rerum notitia*; differentia in his verbis, *justi atque injusti scientia*, intelligatur.

6. Videmus, Jurisprudentiam saepe Jus dici, ut hao *Rubrica*, *junct.* §. 1 *et* 3. Proinde nota sis, Juris vocabulum pluribus modis dici. 1. Significat qualitatem moralem aliqoid juste

(b) *Pos.* 4. 5 6. 7. 8. 9. 10 11. (c) *Pos.* 13, 14. 15.

(1) *Conferri possunt ea quibus Auctor hanc definitionem defendit in Eunom, Rom. ad* l. 10. ff. de Just. et Jure. *Observandum quoque eam ex principiis philosophiae moralis Stoicorum, quibus omnis virtus adeoque et Justitia in constante et perpetua voluntate posita videbatur, derivari.* Hein. elem. jur. sec. ord. inst. §. XIX.

(2) *Hanc quoque definitionem Stoicam at a jureconsultis, addita differentia specifica*: justi atque injusti scientia, *Jurisprudentiae tributam esse, merito observat* Hein. in elem. Jur. secund. ord. inst. §. XXV.

habeudi aut agendi. Ita *jus* modo eollocatum est in definitione Justitiae. 2. Significat Id, quod aequum et bonum est, *l. pen. D. do Justit.* 3. Idem ost quod Lex latissime sumpta, quae est Regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est, Grot *d. cap.* 1. §. 9. 4. Deuotat Artem boni et aequi, hoc est disciplinam, qnae dat praecepta servandae justitiao Hoc sensu coineidit Jus cum Jurisprudentia; Proindo ot haeo est *Ars boni ot aequi*, *l.* 1. *in pr. D. do Justit.*

7. (d) Institutionibus ediscendis Imp. vix ultra semestre tribuit, §. 2. *proom. Dig.* in quibus vulgo proram et puppim studiorum colloeant. Id dubio procul est, primo levi et simplici via, tum ad difficiliora progrediendum, §. 2. *Inst. de J. et J.* Proinde qui tyrones prolixis ἀναγωγαῖς et antinomiis distrahuut, male de ils mereotur, nec suaaerim titulis de Verborum significationo et de regulis Juris initio memoriam onerari; quia concisi textus ignaris terminorum juris oum fructu vix leguntur, sed optimo singulis Artis capitibus applieantur. Caeterum, prima Institutionum lectione fundamenta Juris exaota pouenda, omissis disputatiunnibus, quae secundia euris modieo discutiantur, non conquisitis pro, et contra, ut ajunt, ratiuneulis, aut legum ἐναντιοφανείαις, quo nihil inutilius; sed quae ex ipsis erutae principiis, fundamenta Artis atabiliant et illustrent. Ea quidem praesentis nostri couatus erit ratio: τῶν μὲν βαθυτέρων ἀπεχόμεναι ζητημάτων: τῶν δὲ ἁπλουστέρων συμμέτρως στοχαζόμεναι, ut ait Prophyr. εἰσαγ prine. *Altioribus quidem abstinendo quaestionibus, simpliciora voro convonienter exequendo.* Sio tamen, ut passim, non τὸ ὅτι tradere eontenti, etiam τὸ διότι eausasque rerum indagare atudoamus.

8. (e) Praeeepta Juris tria eollocantur *in* §. 3. *h. t* Seilicet, *honeste vivero*, *alterum non laedero*, *suum cuique tribuere.* (3 Primum non modo est regula vitae, sed etiam indicat propositum Juris Conditorum, quod nihil io Arte bonis moribus adversum tradere velint. Undo rorum inhonestarum nulla obligatio; nulla facultas, *l.* 57 π *Pro socio.* *l.* 26. *cum l. soq de V. O* Pulehro Papioianus, *Quao facta laedunt pietatem, existimationem, vorecundiam nostram, et ut genoraliter dicam, contra bonos mores fiunt, noc facore nos posse eredendum est*, *l.* 15. *do Condit. Inst.* Reliqua duo exprimunt offioium hominis justi, et si rem expendas, ferme eodem redeunt. Tullius pari modo loquitur in *lib.* 2. *off.* c. 31. Fundamentum justitiae primum est, ne cui noceatur, Item *tueri hominos l.* 1. c 157. Rursus, *non violare homines*, *l* 2 c. 99. An autem ars nostra haec praecepta ubique praestet atque eustodiat, alia et prolixa quaestio fuerit, quam heic pluribus exequi nihil attioet; quando et oapita juris, de quibus hoc problema ventilatur, haec initia discentibus adhuc incognita sunt. Proinde suis quaequo locis, ubi res feret, examinentur. Tu Vide sis *Part* 2. *Digress. lib. I. cap.* 2. *et seqq.*

9 (f) Sequuntur species Juris, quas Imperator *positiones* vocat, §. *ult. h t.* et primo quidem duas ponit, Publieum jus et Privatum. Etsi contentus esse poterat Juris studiosus intelligere partitiones Justiniani, tamen ut melius impleat offieium Artis, quae res divinas et humanas profitetur, haud abs re erit, divisiones Juris altius paulo repetere, fere sieut in scholis usurpantur. In summa jus est *Naturalo* vel *Positivum*; illud, quod cum hominibus natum, hoc, quod inter homines *positum* et coostitutum est, aliter *voluntarium.* De naturali agetur in *tit. soq.* Positivum, sive voluntarium est, vel divinum vel humanum. Prius, quod a voluntate divina originem habet Estque vetus, aut novum. Vetus Hebraeis per Moysen a Deo praescriptum fuit. Novum habemus ex ore Christi et Apostolorum; nam et hi in nomine et spiritu Domioi sui juris auetores cognoscuntur; juxta Paulinum illud, τοῖς δὲ λοιποῖς ἐγὼ λέγω, οὐχ ὁ κύριος *Roliquis ego, non Dominus edico*, 1. *Cor.* 7. ℣. 12. scilicet ea ratiooe, quam praefert *in fin. d. cap.* δοκῶ δὲ πνεῦμα Θεοῦ ἔχειν, *puto me spiritum Doi habere.*

Scholium.

Ah haec verba; *vetus aut novum.* ita et *Grotius lib.* 1. *c.* 1. *sed novum Theologi nostrates non agnoscuut, quia Christus non venit, ut legem tollat, sed ut eam adimpleat. Mallem autem in divisione legis divinae ita procedero etc.* quae heic referre nihil attinet.

Responsio.

Credo, nullum esse momontum discriminis inter Theologos nostrates et vostrates: Nos vetus et novum jus oodem fere sensu intelligimus, quo testamontum votus et novum, foedus antiquum et novum; quod revera est idem; nec enim plura tostamenta condidit Deus por Christum, ot foodus gratiae est idem eum Abrahamo, cum Moyse, cumque

(d) *Pos.* 16. 17. (e) *Pos.* 18. 19. (f) *Pos.* 20. 21. 22. 23 24 25

(3) *Et haec Stoica esse Thomasius in* not. ad Inst. h. t. *recte monet.*

fidelibus post Christum, etsi oeconomiis distinctum, unde veteris novique discrimen. Quid? Quod Dominus Jesus *ipse* jura sua *nova* laudat; ἐντολὴν καινὴν δίδωμι ὑμῖν, do vobis praeceptum novum, Joh. 13. ℣. 34. Idem alibi, Audivistis dictum esse veteribus; ego vero dico vobis etc. Jus vetus *ipse scholiastes in morale, forense et caeremoniale distinguit; horum duas species fatetur esse obsoletas, ergo jus Mosaicum recte vetus appellatur, cujus duae partes sunt abolitae; cum juris Christi, quod in charitatis exercitio totum est, nulla pars obsoleverit. Tale vero novum jus, quod arctius obliget, quam lex antiqua moralis obligavit Hebraeos, hodie non dari concedimus*; etsi Grotius *inde forsan non est alienus.*

N. Addit.

Par est, ut Autori reddatur, quum in responsione ad praecedens scholium exhibuit, humanitas. Scilicet hac ejus explicatione adhibita, nullum amplius inter me et ipsum esse dissensum. Praeprimis cum circa divisionem legum divinarum sententiam meam tum temporis in dicto Scholio propositam jam mutaverim, vid observ. select. Halens. Tom. VI. observ. 27.

Porro jus vetus est vel morale vel caeremoniale; hoc typis Christi constabat, quod hic cruci adfixit, προσήλωσε τῷ σταυρῷ, ut Apostolus efficaci figura loquitur *ad Col.* 2 ℣ 14 cum enim hae fuerint umbrae corporis Christi, per hujus ἀνάφασιν et existentiam corporalem, atque passionem, quam figurabant, evanuerunt.

Scholium.

Hic sub voce moralis *Autor etiam forense includit, contra usum consuetum Theologorum.*

Responsio.

Verum est, communiter jus Mosaicum in tres species distingui, morale, caeremoniale, politicum: qui termini cum sint ἀδιάστατα, commenta scholae, nulla religio fuit διχοτομεῖν, eademque sententia duas facere species summas, morale et caeremoniale, politicum sub morali comprehendentes, ut hnbet notissima locutio, qua non modo Ethicam, sed etiam Politicam et Iurisprudentiam vocamus doctrinam moralem, *maxime cum id ita in omnibus aliis gentium legibus usu veniat* ut ex sequentibus apparet.

N. Addit.

Nec hic est, quod contra Autorem pugnem, qui responsione sua non habuisset opus, cum scholium meum non intenderit ejus censuram, sed explicationem. Et notum est, quid ipse de communi divisione legis divinae in moralem, caeremonialem et forensem sentiam, ex differt. de crim. bigamiae et lib. 1. Instit. Jurispr divinae.

Morale jus Mosaicum, est vel commune cum aliis gentibus, vel proprium Judaeis sicut *omnes populi, qui legibus, et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur, ait Imperator in* § 1. *tit. seq* Commune moralis sunt in decalogo, si quartum praeceptum excipias. Propria sunt politica et ad statum Reipub. Hebraeorum inflexa. Communia sunt perpetuae obligationis, non quatenus sunt leges propriae; nam harum politica ratio et obligatio est; sed quatenus eorum argumenta nobis hodieque conveniunt. Sabbatum excepimus, non quod infinitam disputationem de religione Sabbati nostram faciamus; sed quia palam est, illud praeceptum non fuisse applicitum omnibus populis, ut reliqua praecepta. Loquatur Augustinus; *In iliis igitur decem praeceptis, excepta Sabbati observatione, dicatur mihi, quid non sit observandum a Christiano? de Sp. et lit c.* 14.

Ita divinum jus dividitur. Humanum est vel gentium vel civile, de quibus speciebus locus erit agendi *tit. seq.*

Scholium.

Hanc opinionem et Grotius lib. 1. *c.* 1. et D. Rachelius dissert. peculiari de jure Gentium *defendit. Nos vero cum Dn. Pufendorffio jus Gentium pro specie juris Naturae agnoscimus.*

Responsio.

Egimus hac de re in lib. 5 Digress. cap. 9. ubi in fine *dedimus exempla juris Gentium, quae ad jus naturae commode referri non possunt; ut res alibi judicatae in alienis territoriis effectum habeant, ut contractus vel testamentum uno loco recte celebratum, alibi contra leges locorum, valeat, utilitas communis gentium introduxit, penitus tamen a jure naturali remotum esse videtur.*

N. Addit.

Sed ipse tamen Autor allegato digressionum loco §. 3. *satis perspicue asseruerat, quod non amplius audeat, se dissentientem a Pufendorffio profiteri. Igitur et hoc loco inter nos non erit dissensus: Quod vero exempla in hac responsione allegata concernit, ad ea facile responderi poterit, notando variam homonymiam juris Gentium.*

Vide latius dicta alibi in Instit. Jurispr. div. lib. 1. c. 2. §. 101. seq et in Fundam. juris nat. et gent. l. 1. c. 5 §. 65. seq.

10 (g) Redeamus ad divisionem Justiniani; Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat. *Status rei Rom* est idem quod Respubl quae nihil est aliud quam τάξις πόλεως, Arist. 3. *Polit.* 4 quod Tacitus vertit, *status civitatis* 1. *annal.* 4. Consistit in sacerdotibus et Magistratibus ordinandis, *l.* 1. §. 2. *D. de Justit.* hoc est, in rebus ad functiones eorum pertinentibus; Prorsus, ut hodie dicimus, jura Imperii esse vel sacra sive Ecclesiastica, vel Civilia, ut plerique Juris Publici Scriptores capita Majestatis partiuntur. Maxime tamen in Civilibus jus publicum utique nostrum versatur, hoc est, in omni administratione pacis et belli, quaeque plura ferunt Consistoria summarum potestatum. Jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet, atque consistit in forensibus controversiis de meo et de tuo Hoc ipsum crebro publicum jus vocatur, *l.* 38 *D. de pact. l. ult. de suis et legit. haered.* quatenus *publice* omnibus patet omnesque obstringit. *l.* 8. *D. de legib.* Sueton. in *Aug. cap.* 10. Ratione igitur auctoritatis, usus et obligationis, conveniunt privatum jus et publicum. Differunt ratione objecti, quod hic est *publica res*, ibi privatum patrimonium. Eleganter hoc discrimen elucet in Tutela *l.* 9. *D de his, qui sui vel al. jur.* ubi tutela publicis muneribus adcensetur, juncta *l.* 6. §. 15. *de Excusat.* ubi negatur esse Reipublicae munus.

11. (h) Caeterum, esse Jus publicum speciem juris civilis, definitio arguit; quamquam aliud est publicum, quod inter diversi populos imperii obtinet, de quo nos exile specimen alias dedimus *libris de jure Civitatis.* Sed quamobrem tradit Imperator hanc divisionem ante positiones Juris Gentium et Civilis, quae mox sequentur? Quia Caesar in his libellis tantum de jure privato agere volebat. Ideo mentione juris publici primo loco facta, hoc commode a tergo relinquit; ut de privato cuntiona dictione uti queat Consequenter jus privatum ait esse collectum e naturalibus praeceptis, aut Gentium, aut Civilibus; non quod de jure publico id neget, verum quod nihil attinebat, de eo hoc ingeminare, quod jam transmiserat.

TIT. II.

DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

Definitio Juris Naturae Justiniani explicata et Vindicata. Jus Gentium definitur et dividitur. Jus Gentium primaevum idem eum jure Naturae, ejusque repetita definitio. Juris Civilis definitio et a jure municipali distinctio. Juris Civilis divisio prima. Altera. De Lege, Plebiscito, et Scto De Principum Constitution De Praet. Ed. et Resp. Prud Juris non scripti divisio et requisita. Mutabilitas et Immutabilitas juris. Deque objectis ejus.

(a) Jus Naturae ait Imperator esse, quod Natura omnia animalia docuit, in *pr. h. t.* (1) Idemque callidus Philosophiae tradit Ulpianus in *l.* 1. § 3. *Dig. de just. et jur.* Non puto id velle Viros sapientes quod omnes in illis irrident; bruta jus capere, quae Hesiodus ait Ἐσθίειν ἀλλήλους, ἐπεὶ οὐ δίκη ἐν μετ' αὐτοῖς. *Ipsa sues comedunt, quia nullo jure reguntur.*

Sed jus Naturae vocant illa principia, quae natura nobis induit insolevitque, dicta veteribus τὰ πρῶτα κατὰ φύσιν, *Prima Naturalia*, de quibus disserit Taurus apud A. Gell. *l.* 12, *c.* 5. et ex quibus animal, simul ac natum est, fertur ad conservationem sui, tam bestia quam homo, ut Tullius 3. *de fin.* copiose docet; quo pertinet procreatio, amor et educatio sobolis, defensio sui, studium libertatis et similia. Nam ex hisce principiis, quatenus bestiis etiam conveniunt, ducuntur rationes, quae faciunt Juris conclusiones; Quarum exemplum dedit M. Tullius in defensione Milonis, quem ideo Clodium jure cecidisse contendit, quia corporis sui tuendi causa eum percusserat, secundum *legem non scriptam, sed natam, quam feris Natura*

(g) *Pos.* 26. 27. 28. 29. 30. (h) *Pos.* 31. (a) *Pos.* 1.

(1) *Stoicorum haec fuit sententia, quibus juste vivere erat secundum naturam vivere; natura vel hominibus cum brutis communis, vel solis hominibus est propria. Ex communi jus naturale, ex hominibus propriu Jus gentium derivabant. Unde dici nequit veteres brutis tribuisse rationem.* Conf. Hein: in elem. inst. ad h. t.

ipsa praescripsit Videamus illas regulas, quae et quatenus cunctis animantibus sunt communes, juris habere effectum inter homines; Hoc sensu jus sunt. Ipsa bruta non exercent jus, nisi quatenus *μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς*, *imitamenta vitae humanae* juxta Aristot. 9. *hist. anim* 7. et simulacra virtutum, Cic. 2. *de finib.* illis adscribuntur. Cum tali abusu, mente tamen paulo diversa, dixit Caesar in *fine pr.* caetera quoque animalia istius juris peritia censeri ex *d. l.* 1. §. 3. *in fin.*

2. b) Jus Gentium est, *quod Naturalis ratio inter omnes homines constituit*, §. 1. *h. t.* Hoc igitur ita est hominibus proprium, ut brutis nequidem imago ejus et τὸ materiale, ut ita loquar, adscribi possit. Paulo aliter Grotius definit *Jus Gentium, quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit*, *lib.* 1. *de J. B et P. c.* 1. *n.* 11. Oritur autem ex ratione naturali, aut immediate, aut consequenter.

3. (c) Quod ratio immediate dictat, hoc jus Gentium *Primaevum* vocatur, et finiri potest cum Cicerone, 1. *De Legib. Ratio summa, insita a natura, quae jubet ea, quae facienda sunt., prohibetque contraria.*

SCHOLIUM.

Possumus equidem hanc Ciceronis descriptionem tolerare, sed tanquam oratoriam; aliam dedimus ad tit. praeced.

RESPONSIO.

Non tantum oratoriam, sed etiam jure suo philosophicam esse hanc definitionem, probavimus in lib. 5. Digress. cap. 5. et seqq

N. ADDIT.

Cur illo tempore Ciceronis definitionem pro philosophica habere non potuerim, patebit ex iis, quae docui in Instit. Jurispr div. L. 1. c. 1. §. 28 seq. et toto cap. 2 *Postquam vero homonymiam legis distinctius consideravi.* in Tom VI. obs. Hallens. obs. 27. et in Fundam. Juris nat. et G. l. 1. c. 5. § 2. seq *etiam in hac quaestione non amplius dissensus inter Autorem et me erit, ut scholio sit opus.*

Est illud ipsum, quod Apostolus ad *Rom.* 2. ỳ. 15 νόμον γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις, Legem cordibus inscriptam, Plato 8. *de Legib.* νόμον ἄγραφον, Legem non scriptam, scilicet ab homine, appellat. Ad hoc jus primaevum referuntur, Religio erga Deum, pietas erga patriam et parentes, et omne discrimen turpis ac honesti. Jus Gentium secundarium est, quod *usu ita exigente ac humanis necessitatibus est introductum*, §. 2 *h t.* quo pertinent dominia, imperia, bella, servitutes, et plerique contractus, *l.* 5. *D. de Just.*

4. (d Jus Gentium Primaevum proprie et plene dici potest Jus Naturale, quia non instinctus Naturae, qualis est in brutis; sed ratio Naturalis jus facere potest; cum hoc sit regula actuum moralium, quam de bestiis praedicare absurdum fuerit. Hinc idem Caesar noster, Juris Naturae vocabulum cum jure Gentium confundit, §. 11. *infr. de A. R D.* exemplo Gaji in *l.* 1. *D. eod. tit.* sed accuratius, *Naturale* jus est, quod modo ex Cicerone definivimus. Jus Gentium dicitur, *quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit.*

SCHOLIUM.

Sed gentes voluntatem hanc numquam declaraverunt; per modum legis insuper se obligare non potuerunt, quia inter se pares sunt.

RESPONSIO.

Quod attinet ad declarationem, ea satis ex Institutis apud plerasque moratiores gentes receptis liquet, et nominatim ex iis, quae tit praeced. n 8. in Resp. ad schol. ult. protulimus. Sed difficultas est in obligatione juris gentium, quae non videtur esse diversa a praecepto conservandi pacem, quod est juris naturae, nam mutua utilitas sola non potest addere δύναμιν ἀναγκαστικὴν, vim coactivam. Res igitur huc redit quod modo in textu collocatum est; jus naturae vel oriri e dictamine rationis immediato, ut est discrimen honestorum et turpium; vel per consequentiam, ut sunt dominia, imperia et jura bellorum, caeteraque superius nominata. Quae prioris sunt generis, dicuntur esse juris naturae, quae posterioris, ad jus Gentium referuntur. Exempla vero prioris et posterioris speciei tam evidenter a se invicem differunt, ut priora nomen generis recte sibi vindicent, et posteriora peculiari appellatione distingui mereantur; ut tamen utraque juri naturae late sumpto recte adscribantur.

N. ADDIT.

Ego vero miror, cur Autor scholion meum non attulerit integrum, praeprimis cum in iis, quae omisit, fere lateat exceptio. Ergo opus est, ut suppleam defectum Ita vero addideram; Exempla vero juris Gentium, a Grotio, Du Rachelio, et ab Imperatore § 2.

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. 4. 5. (d) *Pos.* 6. 7. 8. 9.

Inst. h. t. adducta, partim ad jus Naturae sunt referenda, partim spectant ad jus gentium pro attributo personae acceptum, quod hujus loci non est, certe esse non debet. *Quod si forte haec exceptio non quadrat ad omnia exempla, ad quae hic rursus provocat Autor, reliqua supplenda erunt* ex nova addit. ad schol. ult. tit. praeced.

Caeterum, ad jus illud Naturae, seu Gentium primaevum, proprie pertinent ea, quae ratio morum necessaria jubet aut vetat; verum improprie, huc saepe referuntur, quae liceat, neque repugnant Naturae, ut tutela corporis, procreatio sobolis, libertas, occupatio ejus quod nullius est, aliaeque naturales facultates. Item, quae ratio suadet ut meliora, non tamen imperat, veluti quod haereditas proximo sanguini debeatur, *l. 7. D. de bon. damnat.* Hinc docendi causa, jus Nat. in proprium et improprium distingui potest. Proprium aliter *praecipiens* vocetur, et est idem, quod definivimus, idque Caesar intelligit *in* §. 11. *h t* ubi jus naturae docet esse immutabile, quoniam profectum est a sculptura nominis impressa mentibus, cui jus humanum ut mutabile, sicut homines sunt, opponitur, quod quo sensu accipiendum sit, diximus in *lib.* 1. *de Jur. Civit. c.* 2. *n.* 20. *et seqq.* Improprie dictum, sit vel *permittens* vel *suadens*. Permittens circa ea, quae, ut dictum, licent, neque repugnant Naturae, versatur; Suadens, cujusmodi sit, jam perinde dictum est. Quando jus Naturae a bestiis alienamus, ut faciendum esse diximus, superest illa Juris naturalis definitio, quam modo e Cicerone laudavimus, nisi paulum eam reformare velis, quod Theologos aliquos desiderare video, hoc modo; *Ratio summa, insita mentibus ab autore naturae Deo, honesta jubens, contraria prohibens.* Vide sis quae dixi *lib.* 1. *de Jur. Civit. cap.* 2. 3. *et* 4.

5. (e Jus Civile est, quod quisque populus liber sibi peculiare constituit, sive, quod est Proprium cujusque civitatis, §. 1. *h t.* Populum et civitatem Justinianus promiscue ponit aliorum exemplo scriptorum et usu linguae, ut diximus in *lib* 1. *Digress. cap.* 13. Civitatem intellige, quae summam habet potestatem, sive Regia seu plurium Imperantium forma, et talem vocamus *liberum* populum, qui nullius alterius populi vel principis potestati subjectus est, qui non habet *alienigenum Dominum*, *l.* 7. §. 1. *D. de cap. et postlim. rev.* quanquam alias notum est, liberos populos iis, qui regnantur imperioque regali subjiciuntur, opponi. Proinde municipia, quae sunt membra majoris imperii, proprium jus civile non constituunt, sed jure communi Reip. cui parent, utuntur: vel si peculiare jus habeant, id juri communi non debet adversari, semperque a superiore potest abrogari, *l.* 9. *D. de Lege Rhod. l.* 3. §. 5. *D. de sepulcro viol.* At nostratium jura Provinciarum, quae superiorem non agnoscunt, civilia sunt, et perperam municipalia dicuntur; nisi quatenus Romanum Jus κατ' ἐξοχὴν Civile vocatur; Nam hoc respectu, caeteras gentes, quae jus Rom. receperunt, quasi municipales, leges condere dicimus. Non esse tamen eas vere municipales, inde patet, quia derogant juri Romano, quod tantum sequimur in his, de quibus nihil Statutis populorum est cautum: verum ita, ut verba Statutorum stricte interpretemur et quam minimum a Jure Romano recedamus, ut fit in omni jure novo. Gail. 2. *obs c.* 33. *n.* 9.

6. (f) Prima Juris Civilis Divisio suppeditari videtur a Justiniano in § 1. *h t.* ubi, *omnes populi*, inquit, *partim suo proprio*, *partim communi omnium hominum jure utuntur*. Ex quibus verbis docendi causa, Civile Jus potest dici purum vel mixtum, vel, si te verba Justiniani magis delectant, *Proprium* vel *Commune*, quod etiam ego malim. Purum sive proprium, quod ex mera civili ratione a populo Romano excogitatum et stabilitum est; mixtum seu commune, quod originem et fundamentum habet in jure Naturae vel Gentium, sed cui lex civilis aliquid addit vel detrahit, ac ita in jus civile reformat, *l.* 6. *in pr. D. de Justit.* Ad priorem speciem referuntur literarum et verborum obligationes, Lex *Ælia Sentia*, Lex *Fusia Caninia*, Lex *Falcidia*, Sctum *Vellejanum*, *Macedonianum*, *Trebellianum*, fictiones legum et id genus alia plura. Ad alteram juris speciem pertinent, *Herilis* et *Patria* potestas, *Nuptiae*, *Tutelae*, *Dominia*, *Testamenta*, plerique *Contractus*, exceptis, qui literis et verbis fiunt; De illis mixtis interrogati, unde sint, respondere solemus, ortu et fundamento esse juris Naturae ac Gentium, progressu et effectu peculiari esse juris civilis.

7. (g) Divisio altera, clarioribus verbis a Justiniano expressa est in §. 3. *h. t et l.* 6. §. 1. *D. de just. et jur.* Jus est vel scriptum, vel non scriptum, Jus scriptum Lex appellatur, Jus non scriptum Consuetudo seu mores, *l.* 32. *D. de Legib* differuntque ita, quod Leges expresse feruntur, Consuetudines e tacita populi voluntate vim obligandi habent; Leges certo, mores incerto autore initioque recipiuntur, *d l.* 32.

(e, *Pos.* 10. 11 12. 13. (f) *Pos* 14. 15. 16. 17. (g) *Pos.* 18. 19. 20. 21.

S C U N D U M.

Ab autore differentiam nolim quaerere; utriusque enim autor est is, qui τὰ κῦρος gerit in Republ. Quod vero consuetudinem attinet, mores utentium privatorum, qui incerti esse possunt, non tam sunt causa juris scripti, quam ejus occasio.

R E S P O N S I O.

Nostra descriptio Romanae Reipubl., cujus jura legimus, exacte convenit. Quamdiu enim populare fuit Imperium, usus populi, verus autor et *proxima causa juris esse potuit et fuit.* Caesares id etiam libenter egerunt, ut δημοτικοὶ, *populares* viderentur ideoque libertatis hasce reliquias plebi *concesserunt. Puto et alios optimates vel Principes consentire videri in id, quod populus usu longaevo, ipsis tacentibus, introducit.*

N. A D D I T.

Vereor, ut Autoris haec responsio succurrere valeat defendendae ejus assertioni, quod morum autor sit incertus, quatenus nempe autor *hic secundum responsionem denotare debet proximam causam juris. Nam ipse Autor fatetur, usum populi in Rep. libera esse veram et proximam causam. At populus non est incertus, sed qui initium fecit et primus actum, ex quo postea consuetudo facta est, celebravit, is incertus esse potest. Verum hic non est vera et proxima causa consuetudinis. Interim in conceptibus simus faciles. Praeprimis cum in posterioribus cogitationibus recesserim a communi et erronea opinione, quasi in monarchia consuetudo vim juris accipiat ex tacito consensu principis.* vid dissert. de jure consuet. et observant. §. 72. *in eadem dissertatione latius fuit ostensum, naturam consuetudinis esse, ut producat jus efficaciae et impunitatis, non obligationis, quod probe notandum propter errores communes, quibus fere tota doctrina de consuetudine est repleta.*

Noli tamen putare, scripturam ad essentiam Legis pertinere: nomen scripti juris accepit, quia plerumque scribitur, alioqui Lex est decretum summae potestatis, quod plerumque quidem scribitur, ut populo innotescat; unde nomen habet: est tamen Lex, et antequam scribatur, imo etsi nunquam scribatur; quemadmodum ῥῆτραι sive constitutiones Laconicae, fuerunt Leges autore Lycurgo latae, verum sine literis memoriae civium mandatae, teste Plutarco in *Lycurgo*, qui inter alia civibus suis praescripserat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, *scriptis non uti legibus*, unde hactenus a Justiniano in §. 10. *h. t.* juri Attico Legibusque Solonis opponuntur, quod hae scripto erant comprehensae. Plus enim inde nolim probari, quam forma exteriore discrepasse jus Atticum et Laconicum, perinde ac jus scriptum et non scriptum. Alioqui nimis notum est, quod scribit Justinus *in lib* 3. *c.* 2. Athenienses et Lacedaemonios *Institutis Solonis et Lycurgi Legibus fuisse pares.*

8 h Juris scripti sex species recensentur *in* §. 3. *et seqq.* Lex, Plebiscitum, Sctum, Principum Placita, Magistratuum Edicta, Responsa Prudentium. (2) Lex finitur, quod populus Rom. Senatorio Magistratu, veluti Consule interrogante constituit, §. 4. Unde liquet, legis vocabulum proprio sensu heic sumi; Nam generaliter, ut modo diximus, omne jus scriptum significat. Plebiscitum est, quod plebs plebejo magistratu, veluti Tribuno rogante, constituebat, *d.* §. 4. Senatus Consultum, quod Senatus jubet atque constituit, §. 5. *h. t.* Populi appellatione palam est, universos cives, connumeratis etiam Patriciis et Senatoribus, contineri, *d.* §. 4. plebis autem appellatione, sine Patriciis et Senatoribus caeteri cives significantur. Recte Patricii a Senatoribus separantur; Nam Patricii erant Nobiles, quorum familiae per legem specialem hoc nomen et dignitatem erant adeptae, Sigon. *l.* 1. *de jure Civ. Rom. c.* 7. Senatores quicumque jus ferendae sententiae in senatu habebant, quod etiam plebejis, majoribus gestis magistratibus, patuit, *Idem lib.* 2 *de jur. Civ. Rom c.* 2. Postquam autem plebeji in senatum erant allecti, non videntur ad comitia tributa, quibus sua scita plebs condebat, fuisse admissi; utique non ex sententia Justiniani, opponit enim Justinianus plebem hac in parte Patriciis et Senatoribus cunctis, et Livius *lib.* 2. memorat, Patres a comitiis tributis fuisse submotos; sed tamen cuncti Patres vocabantur: Dionysius Halicarnassaeus et Plutarchus in historia Coriolani, discrimen inter centuriata atque tributa comitia paulo aliter commemorant; qua de re nos in *parte Digressionum secunda libro primo* latius agimus. Mos statuendi et Leges et Plebiscita, erat per *rogationes* magistratuum ad populum in comitiis congregatum, *Velitis*

(h, *Pos*. 22. 23. 24. 25. 26. 27.

(2) *Conferri merentur ea quae de sex hisce speciebus copiose et erudite pro more suo tradit* Hein. Antiq. rom. lib. 1. tit. 2.

jubeatis Quirites etc. At Senatusconsulta per relationes Consulum fiebant, singulos senatores compellantium, *Dic Marce Tulli*, ut hic ad Atticum scribens alicubi indicat. Lex a toto populo lata, vim juris sua vi habuit; Plebiscita consensu Populi etiam Patres tenuerunt, vi legis Hortensiae, quae post rogationes Horatiam et Publiliam, ea de re lata est, anno Urbis conditae 467. Sigon *in Fast.* Senatus-Consulta apud veteres Romanos non habuerunt Legum vigorem; Verum Caesares hoc jus in senatum transtulerunt; ut probavimus *lib.* 1. *Digress. cap.* 3.

9. (i) Extant quidem Leges, Plebiscita et Scta in Corpore Juris multa, sed tempore Justiniani solae Principum Constitutiones pro Legibus publicabantur; quarum tres fuere species, *Epistola*, *Decretum*, *Edictum*, §. 6. *h. t.* Epistolae, (sub quibus Rescripta et subscriptiones continentur, *l.* 1. *de Constit. Princ.*) supplicantibus aut magistratibus jura praescribebant, velut ex infinitis in Codice exemplis patet. Decretum, est sententia Principis pro tribunali, cum plena causae cognitione dicta, qualis extat luculenta in *l.* 3. *de his, quae in testam. del.* Continentur sub illis interlocutiones de plano, sine exacta causae cognitione a Principe latae, cum animo juris condendi, *d. l.* 1. *de Constit.* alioqui Legum vi carent, *l.* 3. *C. de LL.* nisi dicas, eam derogare *l.* 1. Non est autem Principi talis animus in privilegiis, quae sunt Personales constitutiones, quibus in certorum hominum gratiam vel poenam, aliquid contra rationem juris communis statuitur. Nam hae vim quidem suam effectumque tenent, respectu eorum, quibus indultae sunt, in exemplum vero nequaquam trahuntur, *d.* §. 6. *in fin.* Apparet igitur, Caesarem habuisse potestatem, quae prius fuerat populi, cum Lege Regia, quae de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concesserit, *d.* §. 6. *in pr.* *l.* 1. *in pr. de Constitut. Princ.* *l.* 1. §. 7. *C. de V. J. E.* Non esse hoc figmentum Justiniani, patet inde, quia veteres historici in eamdem sententiam loquuntur. Sic. Tacitus *I. histor.* 1. *Omnem potestatem in unum collatam* scribit. Tiberius apud eundem 1. *ann.* c. 11. *Non ad unum omnia deferrent.* Suetonius in *Cajo* c. 14. *Jus arbitriumque omnium rerum ei permissum est.* Dion Cassius *l.* 53. τοῦ δήμου καὶ τῆς γερουσίας κράτος πᾶν ἐς τὸν Αὔγουστον μετέστη *Senatus populique imperium omne in Augustum est translatum.* Talis concessio non potuit sine Scto et Lege perpetrari; tametsi Lex illa sub primis Caesaribus Regia, ob odium regii nominis, dicta non fuerit, sed demum sub Antoninis hac appellatione innotuerit; Vide quae de hac Lege disputavimus in *lib.* 1. *Digress. c.* 16. *et seqq.* Sane caput ejusdem Legis alterum, scilicet quod Princeps sit Legibus solutus, alio pertinet. Dix. *lib.* 1. *Digress. cap. ult. secund. edit.*

10. (k) Edicta Praetorum, qui praeerant tribunalibus, tacito populi consensu usuque fori Romani vim juris acceperunt, hactenus, ut jus Civile antiquum, quod XII. Tabulis erat comprehensum, pro ratione temporum adjuvarent, supplerent ac mitigarent, *l.* 7. §. 1. *de Inst. Act.* non tamen mutarent neque tollerent, *l.* 12. §. 4. *de Publician act.* Olim haec Edicta quotannis mutabantur, quia officium erat annuum, ut tamen pleraque capita essent tralatitia, quemadmodum a Cicerone vocantur, quae ex uno Edicto in alterum transferri solita juris Praetorii perpetui habebantur, unde *tralatitium* pro *vulgari*; donec Lege Cornelia Praetores ex Edictis perpetuis jus dicere sunt jussi, teste Asconio *in argum. orat. pro Cornel.* Hadriani tempore Salvius Julianus JCtus Edicta cuncta collegit in unum corpus, quod per excellentiam edictum perpetuum fuit vocatum, *l.* 2. §. 18 *C. de Vet. Jur enucl.* Partem juris praetorii faciunt edicta Ædilium, quae juris honorarii portio sunt, ait Justinianus *in* §. 7. *in fin. Inst. h. t.* non quod AEdilium et Praetorum jurisdictiones ita fuerint commixtae, sed quod aedilitia Edicta tam pauca sint, ut speciem inde facere distinctam in Arte, non visum sit operae pretium: Nec enim plura duobus, AEdilium Edicta in corpus Justiniani redacta leguntur.

SCHOLIUM.

Imo forte tria; Primum in l. 1. §. 1. de Ædilit. Edicto. Secundum in l. 38. pr. eod Tertium in l. 40. 41. 42. D. eod. nisi primum et secundum unire velis, quia utrumque de venditione disponit.

RESPONSIO.

Sic est; Primum de rebus venalibus est, alterum de animalibus feris continendis. Quod est de rebus venditis, habet duo capita potius quam Edicta singularia, primum de rebus ipsis, maxime de mancipiis, alterum de jumentis et rerum venditarum accessionibus, nec aliter reperies in textibus.

N. ADDIT.

Quamvis res tanti non sit, ut in Scholio jam indicavi, nollem tamen tam confidenter asserere, ac si in juris textibus non aliter reperiatur, quam ut hic Autor dicit. Etenim vereor, ne Criticus et assertionum forte

(i) *Pos.* 28. 29. 30. (k) *Pos.* 31. 32.

contrariarum portinax defensor objiciat Autori, t. *quod Ulpianus edictum do mancipiis explicaverit libro primo commentariorum suorum, do jumentis voro libro secundo*, vid. l. 1. et 38. h. t. 2. *Non solum de primo capito, dicitur* in d. l. 1. §. 2 *causa* hujus edicti, *sed et do socundo capite, tanquam do novo edicto loquuntur leges*, d. l. 38 §. 1. *Loquuntur Ædiles* io hoc edicto *otc. et in* §. 2. *Causa* hujus edicti *etc.* 3 *Si de co, ut legos loquuntur, judicandum esset de numero edictorum, potius edictum de animalibus foris continendis, videretur esse portio edicti de jumentis, propter rubrican* pr. et §. 1. l. 40 eod.

Sed observandum est, Jus Praetorium, quod est species juris civilis, frequeoter in sensu proprio, Juri Civili opponi, quatenus hac voce notatur id, quod ex XII. Tabb. et disciplina JCtorum imprimis est ortum; *l.* 7. §. 1. *de Just.* juncta *l.* 2. § 12 *de Orig. Jur.* Scilicet, quo modo Jus Praetorium consensu tacito populi vim juris habuit Romae, sic et Responsa Prudentium, quae erant sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere, invaluerunt, §. 8. *h. t. l.* 2. §. 5 *et* 12. *do Orig. Jur.* Ubi et hoc discimus, Augustum voluisse, ut JCti auctoritatem suam a Principe impetrarent. Legis autem vis noo videtur in singulis Prudentium responsis fuisse quae studiis sectarum saepius erant contraria, sed in talibus, quae unanimi doctrina tradita scriptoque publicata erant *arg. d. l.* 2. §. 5 cujusmodi hodieque sententias Pauli esse videmus. Sed ne tum quidem publici juris partem Responsa constituebant, doneo Theodosius vim legum iis optimo jure tribuit, *l.* t. *C. Theod. de resp. Prud.* Postremo omnium plenissime Justinianus, postquam fragmenta eorum digessit io Pandectis, *l.* t. § 6. *C. do Vet. jur. enucl.*

11. (l) Sic fuere species juris scripti, quae ita eoumerari et exponi debuerunt ex antiquitate, quamquam hodiernis temporibus una tantum in usu est juris origo, Lex in genere, sive placitum summae potestatis; Rescripta vix est ut in foris nostris pro legibus valeant, neque decreta; quae pleraque politica sunt; juridicae cognitiones Curiis delegantur, quarum decreta sicut res judicatae, non valent ut leges.

12. (m) Sequitur Consuetudo, quae est Jus non scriptum, quod usu longo, velut tacito populi consensu, vim obligandi accepit, §. 9. *h. t. l.* 32. §. 1. *de LL* ita ut Legem abrogare queat, *d. l.* non obst *l.* 2. *C. Quae sit longa consuet.* cujus verba sunt haec: *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut Legem.* A praeceptoribus nostris ita accepimus; hoc dictum Constantini esse verum in thesi, cum quaeritur de valore legis et consuetudinis in genere consideratae, quemmodo et Donellus 1. *Comm* 10. Sed quis credat, Constantinum voluisse quasi θέσιν διαλέγειν, more scholastico decidere thesin, utra sit praestantior, lex an consuetudo? Rescripta semper ad hypothesin referuntur, jubent quod fieri volunt, non disputant quid sit melius Nec etiam liquet, consuetudinem in genere legi cedere: *Imo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere*, quin saepe leges sequuntur mores, ut videmus in *l.* 2. *de vulg. et pup. subst. l* 1. *de donat. int. Vir. et Ux.* Puto simplicius et explicatius esse, verba Constantini de particularium institutis loquentur accipere; nam consuetudo vim legis habitura, debet esse generalis, hoc est, per totam Remp. vel maximam ejus partem recepta. Legem non semper et necessario esse scriptam diximus antea; sed Consuetudo semper et necessario non scripta est ab initio. Nam si, postquam stabilita est, in scripturam redigatur, id naturam ejus originariam nihil mutat, quemadmodum Consuetudines Feudales scriptas habemus: periode ac Frisiae Statuta constant, ut ex inscriptionibus passim elucet, ex Legibus et Consuetudinibus, iisque non modo scriptis, sed etiam certo tempore signatis, quod tu tamen non de tempore, quo sunt ortae, sed quo agnitae et publicatae sunt, intellige. Habet vim legis sua vi Consuetudo, dumtaxat in popularibus Imperiis, ubi Leges a populo ferri possunt, *arg. d. l.* 32. sed hodieque in regnis Consuetudini vim juris tribuere licet, etsi de scientia Principis non constet, ut recte Schneid. *ad d.* §. 9. *n.* 3. quod ex praesumpto ejus consensu in id, quod diu ac palam obtinuit, defendi potest; ut tamen semper contrario Principis placito aboleri, nec contra legem claram induci queat, *ut ibid* Schneid. quo sensu licet etiam capere *d. l.* 2

Requisita juris non scripti sunt, ut honestum, generale et certum sit. Primum est in *l.* 39. *do LL.* Generale, id est, ab universa Republ. vel potiori parte receptum, perinde ut Lex a toto populo fertur: Nam pari modo Lex et Consuetudo obligant, *l.* 32. §. 1. *do LL.* Hinc municipiorum Consuetudines eamdem habent vim quam

(l) *Pos.* 31. (m) *Pos.* 34. 35. 36. 37.

Statuta: valent, quatenus Juri et mori totius Reip. non adversantur. *

S c r u p u l u m.

Ego vero, ut Statuta municipalia valent etiam contra jus commune, modo sint confirmata à Principe, ita putarem, causam similem esse consuetudinis municipalis, modo requisita reliqua adsint, ex quibus de praesumpta Principis approbatione constare possit.

R e s p o n s i o.

Atqui nos agimus de statutis et consuetudinibus municipiorum a summa potestate non confirmatis. Accedente confirmatione Principis, e statuto et consuetudine municipali fit lex, quam certis locis accomodari nihil vetat.

N. A d d i t.

Ut igitur non est secundum hanc Autoris expositionem amplius dissensus inter nos, ita facilius in ejus explicatione acquiesco, postquam modo in antecedentibus notavi, me non amplius efficaciam consuetudinis deducere ex tacito consensu Principis.

Ad *certitudinem* requiritur longum tempus et frequentia actuum. Quantum temporis et quales actus esse debeant, cum in jure non sit expressum, judex arbitrabitur, ** *arg. l.* 1. §. *ult. de jure delib.* Sane liquidius consuetudo probari non potest, quam si contradicto judicio sententiaque confirmata sit, *l.* 34 *de LL.* quod tamen requisitum minime necessarium est. Dicendum igitur, tantum temporis et tales actus requiri, quibus Judici satis de usu constanti liqueat.

13. Caeterum necessitas juris Naturae, de quo supra, immutabile id esse docet, cum jus humanum aeque mutetur ac voluntas humana §. 11. *h. t.* quamquam saepe et illud imperitis mutari videtur, cum objectum et circumstantiae mutantur, iisque modo hoc, modo aliud naturae praeceptum applicatur, ut in trito Socratis apud Plat. 1. *de LL* exemplo Jus Nat. ait, redde gladium depositori. Is furere coepit. Nunc idem ait, cave reddas. Hic Jus non mutatur; sed depositor, cui alia sano, alia furenti regula applicatur. Possunt etiam Praecepta Naturalia ad usus Reip. varie accomodari, quod JCtus in *l.* 6. *de J. et J.* duriuscule, *addere vel detrahere juri Nat.* vocat. *Addere*, est sanctione civili intendere vel augere. quod saepe fit. *Detrahere* necessitati Lex nihil potest, sed haec de iis, quae improprie ad Jus Nat referuntur, capienda videntur, scil. de jure permittente et suadente. *Vid. supra* §. 5. add. Grot. *d. cap.* 1. *n.* 10.

14. (n) Divisiones Juris sequitur distributio ex objecto sive materia subjecta, cujus tria capita recensentur in §. *ult. d. t. Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, ex *l.* 1. *de Stat. hom.* haec vulgo tria *juris objecta* vocantur. Quod si quis putet, unius Disciplinae unum quoque objectum esse debere, potest dicere, hoc unum objectum esse, *Jus quod cuique tribuendum est.* Nihil enim aliud per totam artem tractatur. Et est hic sermo de objecto tractationis, sive materia subjecta. Jus autem cuique tribuendum, consideratur vel respectu *status* personalis, quem quis obtinet in libertate, civitate, et familia; vel respectu *rerum* externarum, quae non faciunt locupletiores, ut est dominium et obligatio; vel ratione modi ad obtinendum illud jus, quod est *actio*. Quia autem Status personam arctissime contingit, ejus jus simpliciter *personae* vocatur, cum alioquin et res et actiones personis competant; sed non sunt mere personales. Sic igitur unum est objectum generale; tria sunt particularia, quae pariter illud unum generale efficiunt ac repraesentant.

(n) *Pos.* 38.

* Interim statuta non contra, sed praeter legem disponentia, juxta terminos potestatis universitati competentis circa confirmationem esse obligatoria, non ambigitur, quorsum faciunt ea, quae de officiis ambulatoriis, dimissione officialium, tempore rationum solvendarum, mulctaque conventionali etc. agunt conf. Ziegl. d. jur. Maj. l. 1. c. 30. th. 18.

** In Saxonia frequentia actuum adhuc judicis arbitrio determinanda relinquitur, sed diuturnitas temporis ex lapsu ann. 31. 6. sept. et 3. dierum aestimatur, teste Carpz. *P.* 2. *C.* 21. *d.* 3. Reinh. *p.* 6. *diss.* 2. ap. Zobel. *p.* 2. *diff.* 6. *n.* 11. *p.* 220. Quae sententia licet ex non accurata satis interpretatione Jur. Can. originem trahat, secundum quod praescriptionis tempora ad introducendam consuetudinem requiri, Doctores nonnulli existimarunt, *v. c. f. X. de consuetud. i.* L. R. *l.* 2. *art.* 30. add. Reinh. *l. c.* constanti tamen fori observantia confirmatur. Currit autem hoc tempus a primo actu, qui probari potest.

TIT. III.

DE JURE PERSONARUM.

Divisiones personarum, et an servus persona. Libertatis definitio explicata. Etiam servitutis. Quomodo servitus constituatur. De adseriptitiis et statuliberis. Quando servitus desierit in Europa, et an reete.

(a) Caput de personis duabus divisionibus constat. Prima est in liberos et servos; altera in eos, qui sunt sui vel alieni juris. Ergo et servi sunt personae, *pr. Instit. de jur. pers. l.* 22. *pr. de R. J.* quatenus persona idem quod *homo* est, ut in titulo *D. de statu hominum*, qui respondit huic rubricae *de jure personarum*. At si persona qualitatem eivis notet, jam servus erit *ἀπρόσωπος*, *impersonalis*, Harmenop. 7. *t.* 6. et pro nullo, *l.* 32. *de R. J.* ac pro mortuo habetur, *l.* 209. *eod.*

2. (b Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere lubet, nisi si quid vi aut jure prohibeatur, §. 1. *Inst. et l.* 4. *h. t. Naturalem facultatem*, *φυσικὴν εὐχέρειαν*, vertit Theoph. quae vox habile et expeditum libertatis exercitium, quod a solo animi imperio pendeat, exprimere videtur; quo pertinent verba: *quod cuique facere lubet*. Hoc est, quod Stoici eleganter *αὐτοπραγίαν* una voce, Cicero *in parad.* 5. potestatem vivendi ut velis, appellant. Sed restringitur haec facultas, *nisi si quid vi aut jure prohibeatur*; ne quis putet, violenta et legitima impedimenta faciendi quod velis, libertati officere: Exercitium vi coarctatur, facultas non laeditur. Multo minus legum imperio, quia communi consensu homines semet illis subjiciunt; unde et sponsio. *συνθήκη*, *foedus*, lex dicitur, *l.* 1. *et* 2. *de LL.* Et Aristot: crebro cum libertate, *τὸ νόμοις δουλεύειν*, *servire legibus* conjungit. Philosophiae servire libertas est, Sen. *ep.* 8. Idem vult Stoicorum paradoxum, *μόνος ὁ σοφὸς ἐλεύθερος πᾶς ἄφρων δοῦλος*. *Solus sapiens liber*, *omnis stultus est servus*. At tu dices; etiam servus facit, quod lubet, nisi prohibeatur. Ergo inquam, servus nihil facit quod lubet, nisi dominus permittat; ejus conctae actiones a domini arbitrio pendent. In libero homine haec est regula; *facit quod lubet*; exceptio, *nisi prohibeatur*: At illa regula minime convenit servis, neque proinde exceptio.

3 (c) Servitus est constitutio Juris Gentium, qua quis dominio alieno contra Naturam subjicitur, §. 2. *h. t.* (1) *Constitutionem* passive pro re constituta sumi, tritum est, ut thesaurus depositio dicitur, *l.* 31. §. 1. *de A. R. D.* Servitus est *Juris Gentium*; nam libertas est Naturalis, *ut dict.* In primaevo hominum statu servitus erat incognita, quae postea *invasit*, id est, vi introducta est, *l.* 4. *de J. et J.* et gentium usu probata, *pr. Inst. de libert.* Dicitur *contra naturam*, et contra jus Naturae, §. 2. *Inst. de J. N. G. et C.* hoc est, contra statum naturae primaevum; ut jus pro facultate accipiatur, non contra dictamen rectae rationis; vel est contra jus Naturae permittens, non praecipiens; confer §. 4. *tit* 2. Etymologia Servorum hoc docet, quia dicuntur a servando, *d.* §. *h. t.* Nam si licet hostes in bello occidere, quidni liceat, quod minus est, servare eos ad serviendum? ut Cicero scripsit, *non esse contra naturam spoliare eum*, *quem honestum est occidere*, 3. *Offic.* Sed qui tam graviter deliquerunt, ut bello sint coercendi, vel qui alios inique oppugnant, hi et licite et honesto caeduntur; quin etiam in bello injusto, modo ab iis geratur, qui jus bellandi habent, caedes utrinque impune fiunt, Grot. *l* 3. *c.* 4. *n.* 3. Sed nec pactio, qua quis se dat in servitutem, naturae adversatur; iniquum enim non est, ut quis operas suas alii in perpetuum pro alimentis addicat: Accedit, quod multorum ingenia ad serviendum aptiora sint, quam ad libertatis usum, quod Aristoteles non modo de singulis *l.* 1. *polit.* 3., sed de populis quoque universis tradit, *l.* 1. *c.* 3. *et ult.* Ἔστι γάρ τι φύσει δεσποτόν, *est quaedam*, inquit, *naturalis servitus*: quam tribuit τοῖς περὶ τὴν Ἀσίαν, *Asiaticis*; nimirum ingenii servitus, quam non esse commentitiam, fides historiae satis confirmat, licet Bachovio displiceat *ad lib.* 1. *ff. tit. de stat. hom. c. de servit* qua de re diximus *in lib.* 2. *Digression. c.* 2.

4. (d Denique, oritur servitus ex nativitate vel ex facto. Et hoc ex jure Gentium vel Civili. Jure Gentium ex captivitate, in bello solemni, hoc est, quod geritur ab his, qui habent summam potestatem, observatis solemnibus juris

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. et 5.

(1) *Hanc servitutis definitionem uti et etymologiam vocis* Servi *apud Stoicos reperiri recte monet* Hein. in elem. jur. h. t. §. LXXIX. et LXXXII.

gentium requisitis, de quibus Grot. *l.* 3. *c* 7. Jure Civili, ex venditione sui ipsius a majore annis 20. facta, §. 4. (2) Sententia, qua servi poenae efficiuntur, §. 1. *Inst. de cap. dimin.* Ingratitudine liberti adversus Patronum, *d.* §. 1. *l. un. C. de ingrat. lib.* Nascuntur servi ex ancills, vernae dicti, quia parentum sortem liberi sequuntur, *d* § 4. quod Grotius sub censuram vocat *lib* 2. *de J B et P c.* 5. *n* 29

5. e) De adscriptitiis, sive Colonis certo fundo colendo addictis, quales hodieque * (manus mortae Gallis dicti) per Europam habeotur, dubitatum est, servi ao ingenui siot: Videri ingenuos, ait *l. un. C. de colon. Thrac.* dicuntur servi in *l* 7. *C. de agric et cens.* neo a servis differre *l.* 21. *et l. ult. eod* Et hoc verius est; quia tam ipsi, quam res ipsorum, sunt in domini potestate, *d l. un d l.* 21. *et ult* quia distrahi possuot, *ead. l.* 21. *l.* 2. 4. 7. *C. de agric.* Nihil autem aeque libertati adversatur, quam esse in commercio. Dominum certe quod vendi potest habet. Qui tamen proprii generis sunt servi et maxime ob fuodos habentur, hinc in quibusdam a reliquis servis *οἰκέταις*, separantur, et melioris eoodítioois videatur, ut tamen gradus non variet speeiem, *l.* 2. *l.* 4. *l* 23 §. 1. *eod. tit.* Dissent. *Scholiastes noster, ad posit. 7. h. t. sed rationibus heic occupatis, ut nihil opus sit ea denuo referre vel refellere.* Caeterum Statuliberi, qui destinatam in tempus vel conditioocm libertatem habent, *l.* 1. *de statulib* dum speratur libertas, servi expresse dicuntor in *l.* 9. *pr. l.* 29. *pr. eod. l* 12. §. *ult. D. fam erisc.* et quod oascitur ex statulibera, servum est, *l.* 16. *d. tit de statulib*

6 f Servitutem cum ratione non pugnare, diximus modo. Ipsis quoque Christianis sero servitus displicuit, nec in sacris literis veteribus aut novis improbatur. Etiam Caroli M., Lodovici Pii, et Lotharii Leges de servis, supersunt io *lib. LL Car. M. et Longob* Imo et Guilielmi Sieiliae Regis et Friderici Imp extant de servis fugitivis coostitutiones *in plac. Neap.* Sed ab hoc tempore, id est, anno Christi cIↃcccxII aot non multo secus, Christiani se mutuo in servitiom redigere desieruot, quod et Muhammedaai ac Tureae ioter suos servant, teste Busbeq. *epist.* 3. ubi et disputat, parum reete inter nos sublatam videri servitutem. Speciosum charitatis esse praetextum, sed inutilem Hominum iode liberorum eolluviem redundasse, quos licentia et egestas ad flagitia aut meodicitatem impellat. Coarctata familiarum ministeria, earioribus aot proeacibus ingenuorum operis. Adde caedes, servitote sublata, frequentiores esse; quod Romani io civilibus bellis experti suot, quibus capti uon erant servi. Tacil. 2. *hist. c.* 44 Plutarch. in *Othon. et l* 21. § 1. *de capt. et postlim* Non deest his ratiooibus suum pondus. Videtur Berneggerus *ad Taciti German quaest.* 134.

TIT. IV.

DE INGENUIS.

(a) Servorum nulla divisio traditur, quod ad statum quidem attinet, nisi pro tali habere velis discrimeo *οἰκετῶν* domesticorum et adscriptitiorum. Sane quod ad ministeria, in quibus domi habentur, multiplex eorum differentia fuit; medici, uomenelatores, anagnostae, amanuenses, musici, dispensatores, capsari, aroarii, atrienses, pietores, topiarii, *praestabant* focariis, scopariis, fornicariis, gregique reliquo mediastinorum et ergastulorum. vid. Bernegg. *ad Tacit. German. quaest.* 134.

2. (b) Liberi homines dividuntur in ingenuos et libertinos; *Ingenuus est is, qui statim ut natus est, liber est, princ. Inst. de ingen.* Liber *nascitur*, eujus mater fuit libera, Patris cooditio oon attenditur, *d princ.* quia incertus ille videtur extra matrimooium, quod pro nota et indicio Patris (qui aliter indubitato mostrari nequit, joxta Homerioum illud, *οὐ γάρ πώ τις ἑὸν γόνον αὐτὸς ἀνέγνω* *Nemo suum Patrem novit*,) militat; Uode liberi ex legitimis nuptiis procreati Patrem sequuotur, *l* 19. *de Stat.*

(e) *Pos.* 7. (f) *Pos.* 6. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3.

(2) *Vide* L 1. L. 3. ff. quib. ad lib. proc. noa lic. l. 2. ff. ai ingen. esse dic. l. 7. §. 2. ff. de lib. caus. adde ea quae Hein. observat io Ant. Rom. lib. 1. tit. 3. §. VI. et VII.

* De conditione hominum propriorum secundom Jus Sax. *vid.* Weichb *art.* 2. Quos verius est pro liberis hominibus haberi debere, cum jus testandi, contrahendi etc. ipsis salvum sit, licet juribus liberorum hominum, quoad plenariam de bonis suis dispositionem, et tam inter vivos quam mortis causa alienationem, haud fruantur. De Conditione subditorum rusticorum in Lusatia superiori, vid. *Ober-Lausitzer Unterthanen-und Gesindt-Ordnung.* art. 1. *Was der rer Unterthanen aufm Lande Zustand, Thun und Wesen sey.* p. 78.

hom. at, si quis matrem ancillam habest, is ex matrimonio non potest susceptus esse, quia non nisi cum cive Romana nuptiae contrahuntur. *pr. Inst. de nupt.* Cum igitur pater ejus civiliter incertus sit, necessario matris conditionem sequitur, quae semper adseverate nosci potest. Ancilla veroam, libera ingenuum parit, *l.* 19. *l.* 23. *l.* 24. *de stat. hom.* Sufficit tamen ad ingenuitatem, aliquo, oeo interest quo tempore, dum foetus in utero erat, matrem fuisse liberam, sive ante sive in ipsa partitudine: quia supervenieos parentis calamitas utero non nocet. *d. tit. de ingen.*

3 (c) Quidam denique, etsi non sint ingenui, jure tamen ingenuorum gaudent, ut natalibus a Principe restituti, vel jus aureorum aonulorum consecuti, de quibus sunt tituli in *Pandectis*; et quos Judex ingenuos, etsi male, pronunciavit; quia *res judicata pro veritate habetur. l.* 2. *de Stat. hom.* Jure novissimo, omnes liberi homines sunt ingenui, sublato libertinorum statu, idque moribus hodiernis evidenter obtinet. *Nov.* 78. *c.* 5.

TIT. V.

DE LIBERTINIS.

(a) Olim tertium genus hominum erant Libertini, *princ. Inst. de libertin.* non medii inter liberos et servos (nam haec summa et bimembris divisio est, *princ. de jur person.*) sed inter ingenuos et servos. Erant autem Libertini, *qui ex justa servitute manumissi sunt. d. princ. de Libert.* Quod si liber homo ex injusta servitute manumittatur, is ingenuus, non libertinus est. § *ult. de ingen.* Libertus a libertino nihil differt, quam quod ille ad Patronum sit relativus, hic ingenuo oppositur, quod se primum docuisse Valla jactat *l.* 4. *eleg. c.* 1. Sic recte rogas, cujus libertus? Non, cujus libertinus? Sed qualis ille homo? Libertinus, respondetur; non libertus. Olim libertini vocabantur, e manumissis procreati. Sueton. *in Claud*

2. (b) Manumissio est de manu missio, id est, datio libertatis, *l* 4. *de Just. et Jur.* quae tribus olim modis fiebat; censu, vindicta et testamento. §. 1. *h. t.* Cic. *in Top.* Ulp. *tit.* 1 Pro censu, qui modus in solemni lustratione civium apud Censores fiebat, Constantinus M. surrogavit manumissionem in Ecclesia. *tit. C. de his, qui in Eccl man.* Vindicta, creberrimus erat modus, qui apud majores magistratus solemnibus verbis fiebat, tacto servi capite virgula, quae vindicta dicebatur, circumactoque eo in gyrum et alapa percusso; Ex quo illud Persii intelligitur, *vertigine Quiritem fieri, Sat.* 5. et Senecae *epist.* 8. Philosophiam *circumagere* homines, id est, liberos facere. Vindicta nomen habebat, vel a vindicando in libertatem servo, vel a Vindicio servo, qui detexerat olim conjurationem filiorum Bruti pro reducendis Tarquiniis, de quo Plutarch. *in Brut.* De ritu manumittendi reliquo *dix. in Digression. lib.* 1. *cap.* 4. (1) Testamentaria manumissio nihil peculiare a natura testamenti habuit. Quae inter amicos et per epistolam, fiebat, domini et quinque testium subscriptionem requirebat, *l. un* §. 1. et 2. *C. de Lat. lib. toll.* quae alios contioet modos, In §. 3. *et seqq.*

3. (c) Ex Servii Tullii instituto, manumissi omnes plena libertate et eodem jure, quo vetusti cives, fruebantur, licet dignitate inferiores, Halicarn. *l.* 4. Sed Augustus libertinos curiose discrevit, prope ut olim cives Romani differebant, Sueton. *Aug. cap.* 40. § *ult Inst de libert.* Nam cives domicilium, tribum vel censum et jus honores capiendi, Romae habebant, Sigon. *l.* 1. c 1. *de ant. jur. civ Rom* Hoc perfectum jus amittebant, qui in Latinas colonias deducebantur, teste Cicerone *pro dom.* licet cives omnino esse non desinerent; sed jure deteriori, et *cives ex Latio* vocabantur. Infimae conditionis erant dedititii, *qui se, urbem, agros, delubra Deum, divina humanaque omnia in populi Rom. ditionem dederant*, quae Campanorum se dedentium formula est apud Liv. *l.* 7. *c.* 31. Omnesque adeo provinciales hujus erant conditionis. Tales libertatem qualemcumque, at civitatem minime, retinebant. Sed haec discrimina post bellum sociale, per Italiam fere sublata sunt: donec ab Augusto eorum imago renovaretur in Libertinis, qui constituit, ut primus manumissorum ordo esset Quiritium, seu civium Rom. et hi censu, vindicta, testamento creabantur, atque jus connubii, successionis, commercii et suffragii habebant *d.* §. *ult* Ulp. *tit.* 3. Secundus ordo erat *Latinorum*,

(c) *Pos* 4. 5. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. (c) *Pos* 4. 5. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. (c) *Pos.* 4. 5.

(1) *Hos ritus plena manu exequitur* Hein. Antiq. Rom. lib. 1. tit. 5.

ad similitudinem aotiquae coloniarum Lstinitatis, ut ait Imp. *l. un pr. C. de Lat. lib. toll.* Illi per vitam liberi et cives, in morte velut servi erant, bonis ad Patronos jure peculii devolutis. §. *ult. Inst. de succes libert.* Tales erant, qui per epistolam, inter amicos aut epulas, manumitterentur, Caj. 1. *Inst.* 1. et jus Quiritium consequebsotur principali rescripto, prole, iteratione, militis, oave, quibus Ulp *d. tit.* 3. *Dedititios* et civium nomioe indignos censuit Augustus, qui in servitute ob crimina vincti, torti aut servilibus poenis affeoti fuerant, qui nec unquam jus Quiritium consequi poterant. Sueton. *d. cap.* 40. Ulp. *tit.* 3. §. 6. Sublsta sunt haec discrimina non tam ab Antonino *in l.* 17. *D. de stat. hom.* junet. *N* 78 *e.* 5. quam a Justiniano *in l. un C. de dedit. lib. toll.* cum *tit. seq.* Donce postremo vetustatem prorsus suo more sustulit, extincto libertinorum statu, salvo ut videtur, jure Patronatus. *N.* 78. *e* 5. Moribus hodiernis barum rerum nulla superesse vestigia, non est quod moneatur. *

TIT. VI.

DE LEGE AELIA SENTIA.

L. Æl. Sent. duo capita et τοῦ μὴ ὄντος differentia ab eo quod rescinditur. Exceptio a L. Ælia Sent. Requisita ejus. Caput alterum Legis. Causae juxtae manumittendi et mutatio hujus capitis.

(a) Sequuntur duae Leges, quibus licentia manumittendi restringitur, Ælia Sentia et Fusia Caninia. Æliae Sentiae legis, quae et deditionis invexit, *d.* §. *ult. de libert.* duo capita hic recensentur. (1) Primo, Libertas in fraudem creditorum ab eo, qui non est solvendo, data, ipso jure nulla pronunciatur; hon enim est *nihil agere, in princ. Inst. quib. ex caus. man.* Nullum esse et rescindi, constat terminos in jure oppositos esse. Nullum est, quod Lex ab initio invalidum facit, τὰ μὴ ὄν efficaciter Graeci veteres, τὴν μὴ οὖσαν δίκην, *Judicium nullum*, Demost. κατὰ Μειδίου. Justianus in Alex. Οὐκ ὄντες νόμοι, *Leges nullae et irritae.* Rescinditur, quod primo subsistens per remedium actionis infirmatur, quale nullum heic proditum est, ex ratione §. 6. *h. t. Quia libertas semel data, licet perperam, non retractatur*; tametsi aliarum rerum alienatio in fraudem creditorum facta, per actionem Paulianam rescindatur. *l.* 1. *de his, quae in fraud. credit.* Sed abusive termini aliquando confunduntur, siquidem libertas etiam ex hac lege rescindi dicitur, in *l.* 5. §. 2. *D. qui et a quib. man.* Quamdiu tamen creditores quiescunt, manumissi pro Statuliberis habentur, ut tantisper nullitas suspendatur, *l.* 1. *de Statulib.*

2. Ut autem impediatur libertas directe data non sufficit ex eventu liquere, facultates defuncti creditoribus non sufficere, sed animus et consilium fraudandi concurrere, atque probari debet, §. 3. *h. t.* per fideicommissum vero data libertas, solo eventu revocatur. *l.* 4. §. 19. *in fin de fideicomm. lib l.* 1. *et ult. C. qui manum. non poss.* Ratio non est, quam aliqui reddunt, quia fideicommissum, nonnisi deducto aere alieno, praestatur; nam hoc etiam in Legatis, quae directo relinquuntur, obtinet, §. 3. *Inst. ad L. Falcid.* sed quia facilius turbatur manumissio, quae non a Testatore facta, (ut cum directe ait; *Stichus liber esto*) sed ab herede adhuc facienda est, cum ait testator, *Rogo te Heres, ut Stichum manumittas.*

3. Dominis, qui solvendo non sunt, humaniter indultum est, ut unum e servis libertate praeditum heredem faciant. §. 1. *d. t.* Qui, licet nulla libertatis mentio sit facta, vi tamen institutionis libertatem consequitur, ex consequentia voluntatis; quia quem heredem quis facit, huic et libertatem destinare praesumitur; quando heres nemo, qui liber non sit, esse potest; qui vult antecedens, vult etiam necessarium consequens §. 2. *d. t. Instit.* Ratio

(a) *Pos.* 1.

* Hominibus propriis hodie plenariae libertatis exercitium, quo emigrare alibique domicilium statuere possint, per affrancamenta, *Lak-hund Abzugs-Briefe*, concedi solet. Eorum productio in Lusatia sup. quoque desideratur, nisi emigrantes pro fugitivis haberi, nec alio in loco recipi velint, cujus nomine publica Joh. Georgii I. mandata de an. 1636. et 1668. extant in Corp. Jur. Lus. super. p. 396. et 399.

(1) *Haec duo tantum hic recensentur, quia sola, ad hunc titulum pertinent. Non enim his duobus solis capitibus constabat lex Ælia Sentia, plura fuerunt. Hanc legem integritati suae restitutam exhibet* Hein. in Antiq. Rom. ad h. t.

sutem, cur haec siogularis maoumissio dominis concedatur, est reputatio famae post mortem. (2) Nam ue bona, defunoti civis oomioe, voci acerbae praeconis subjiciantur, repertum est, ut servus heres necessarius dicatur, oujus titulo Creditores bona distrahant, memoriaeque domini eo modu parcaot, *d.* §. 1.

4. (b) Alterum caput L. Æliae Sentiae est; ne mioores annis XX. (mioor desioit hic esso, qui supremum dicm attigit, *l.* 1. *de manum.* secus ac mioor anoia XXV. *l.* 3. §. 3. *de Minor.*) aervum aliter quam vindicta, probatis apud consilium causis, maoumittant, §. 4. *eod.* quia ob lubricum aetatis, *vernarum* et veteratorum *blanditiis*, εὐχερῶς ἀπατῶνται, *facile decipiuntur*, ait *hic* Theoph. Coosilium est consessus judicum, qui io orbe cogebatur, ex quinque senatoribus et equestris ordinis totidem; in provinciis ex vigioti recuperatoribus, civibus Romanis, tempore Conventus, teste Ulpiano *tit.* 1. §. 8. Couveotum Theoph. ῥητὸν χρόνον appellat, προς καταλυσιν τῶν δικῶν, certum aooi tempus, maxime hyemis, quo Magistratus, aut quibus id mandassent, a bellis feriati operam juri dicuodo dabant. Sueton. *l.* 1. *c.* 7. Recuperatores erant judices io causis pecuniariis, quia per eos quisque debitum *recipiebat*. Theoph. *hic* Hos Praetor *mittere in consilium* dicitur. *passim* in Cicer. *et l.* 2. *de offic. ej. cui mand. l.* 5. *de man. vind.*

5. (c) Causae justae recensentur in §. 5. *d. tit.* sumptae ex *l.* 13. *de manum vind.* (3) nisi quod servus ibi *capsarius*, etiam dignus libertate habeatur. Capsarius exponitur, *qui libros portat*; qoo sensu Augustious *comm. in Psal.* 41. Judaeos Christianorum *Capsarios* vocat, item *scriniarios*, *bajulantes Legem et Prophetas l.* 12. *contr. Faust. c.* 23. Postrema causa est, si quis servo, ut procuratore volit uti; ia huno maoumittere potest, modo ooo sit minor 17. aoois, *d.* §. *in fin.* (4) vel ut *l.* 13. habet, ooo minor 18. anois, quae noo pugnaot, si annos ibi naturaliter, hic civiliter putes. Nam qui implevit annos 17. noo est minor annis 17., et idem ingressus est annum 18., ergo nec mioor aoois 18. civiliter accepto tempore. Alibi, esse tot aonos oatum, et pervenisse ad certum aonum, differunt ut inchoatum et impletum *l.* 49 *pr. de leg.* 1. *l.* 74. § 1. *ad SC Trebell.* Hoc loco cooveoiuot. De aetate Procoratorum res est alterius loci: tu saltem observa *ex hoc loco*, procuratorem, sive ad litem sit, sive ad oegotia, posse dari majorem annis septemdecim; * utcumque, scilicet annis 25. sit mioor. Caeterum, aetas maoumittentium in testamento, primo ad aetatem in postulaodo receptam, id est 17. aooos §. *ult h. t.* postremo ad eam, quae alias in testamentis et ouptiis sufficit, ad annos 14. redacta est *Nov.* 119. *c* 2.

TIT. VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Sequitur altera libertati inimica Lex *Fusia Caninia*, Accursio a caoioa invidia sic dicta, aeque acute ac legem Falcidiam a defalcando derivat, ignarus Leges Rogatorum oomiuibus ferri. Lex Fusia modum testamentariis maoumissionibus statuit; ut qui plures quam servos 10. non haberet, plus parte dimidia oc manumitteret; qui ad 30., ne plus tertia; qui ad 100. quartam; qui ad 500. non plus quinta, nec uoquam plures quam *centum* Testator libertate donaret, etsi *nationes servorum* haberet, ut Tacit. 14. *Ann.* 44. *vid.* Ulp. *tit.* 1. Paul. 4. *sent.* 14.

2. Justiniaous improbavit hanc restrictam testandi licentiam, et legem *Fusiam Caniniam* sustulit, *hoc tit.* quasi iniquum sit,

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 4.

(2) *Non enim fraudandi, sed ignominiam sibi mortuo imminentem, amoliendi animo id fecisse videtur.* Hein. elem. jur. inst. §. cxix.

(3) *Ex qua lege patet causam illam, si matrimonii causa ancilla maoomittatur, non e lege Ælia Sentia esse, sed senatusconsulto adscribendam.*

(4) *Hoc de procuratore ad lites accipiendum, non de procuratore ad negotia, ad hoc enim nec libertate, nec 17. annorum aetate indiget.* Arg. l. 7. §. 1. et 2. l. 8. de Institor. act.

* In Saxonia si procurator 21. aetatis annum nondum excesserit, et adversarius ei exceptionem minorennitatis objiciat, alius Procurator constitui debet, secundum Philipp. *ad Ord. Proc. Sax. T.* 3. *Cons.* 2. *ubi praejudicium.* Carpz. *dec*, 223. Quod ex Jure Canon. c. de proc. 6. generaliter fere receptum esse, monet Hopp. *ad Inst. h. t. ad* §. 5. *Us. hod. j.* Menck. *Tr. Synop. Proc. Jur. Communis et inprimis Sax. Electoral. Disp.* 4. *ad O. P. S. Tit. III.* §. 2, Nuperrimo quoque rescripto regio et Electorali d. a. 1723. d. 12. Apr. aetas 21. annorum in procuratoribus judicialibus et Advocatis requiritur, ita ut minores, omissa licet ab adversario exceptione, ab actis per Judicem ex officio repelli debeant. §. 1.

morientibus prohiberi pro lubitu libertatibus indulgere, quod licebat vivis, *arg. l.* 1. *C. de SS Eccles.* exemplo Miloois, qui trecentos uns die servos manumisit, Aseon. *in argum. Milon.* Sed Augusto hujus legis alia ratio constabat, oe crebris manumissionibus eivitatis Rom. honos vilesceret, ae *populum a servili colluvione incorruptum servaret.* Sueton *Aug. cap.* 40. quod Justiniano Graeco nihil curae fuit. Solent autem effusius moribundi servos, quibus uti nequibunt, quam superstites dimittere. (1) Parum stringit igitur Justiniaoi contra Augustum argumentatio; *Quod licet inter vivos, debet etiam in testamento licere* Nam ubi dispar, ut hie, ratio militat, non procedit. Exemplum in pupillo, qui tutore autore inter vivos quidem potest, sed non testamento alienare, et filiofamilias, qui de rebus quibusdam paganis potest διοικεῖν, non διατίθεσθαι, *vivus, non mortis causa disponere*, Nov. 117. c. 1. §. 1. Multis quoque populis generaliter hoc argumentum displicuit, hodieque et olim testameotariae alienationes extra sanguinem, pluribus, quam venditinaes, legibus sunt circumscriptae. * Id per se patet, argumentum Justiniani ultra hypotesin non extendeodum; *Idem jus in actibus inter vivos et testamentis est, quod ad potestatem alienandi.* Nam, quoad formam aliaque requisita, oulli actus perinde contrarii sunt, quam contractus et ultimae voluntates, *l.* 20. *de V. S.* **

TIT. VIII.

DE HIS, QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Potestas aliena duplex tantum, et an ulla maritalis Quid juris sit domino in servos, et servo adversus dominum. Quo jure Dominus servum vendere cogatur.

(a) Succedit altera personarum divisio, in eos, qui sunt sui, vel alieni juris Sui juris qui sint, negative definitur, neo potest aliter, *Qui non sunt alieni juris.* Qui alieno juri subjeeti sunt, patria potestate vel dominica continentur, *pr. Inst de his, qui sui vel al. jur.* Plures quam hae duae species non dantur, quia vox potestatis stricte et κατ' ἐξοχήν hio sumitur, cum respectu ad familiae subjectionem, ut nec Magistratui uec tutoribus conveniat; sed ne maritis quidem; Uxor enim aeque sui juris est quam vir. Eoimvero Jus civile Viro imperium domus ex praerogativa sexus et jure gentium relioquit, *l.* 195. § 2. *l.* 196. *pr. de V. S.* sed quod ad effeetus legales attinet, non habet uxorem in potestate maritus. (1) Ipsa quoque Socia et dominia dicitur, *l* 1. *D. rer. amot.* Duae tantum domesticae subjectionis species sunt cognitae, servorum et filiorumfam.

2. (b) Jus Dominorum in servos, vel circa res, vel eorum corpora versatur. De priore satis constat, servos nihil habere suum, sed omnia Dominis acquirere, §. 3. *infr. per quas person. cuique acquir.* de quo *in loco.* De posteriore hio agitur, quod minime tam est amplum hodie, quam fuit olim. Veteres enim jus vitae necisque in servos absolute, etiam sine causa justa babebant, quod Imperator §. 1. *h. t.* ex Cajo *l.* 1. §. 1. *D. h. t* omnibus peraeque gentibus ait commuoe fuisse; quod fides historiae temperandum monet, quia multis hoc rigidum jus displicuit, de quibus Bodin. 1. *republ.* 5. Pro *omnibus* igitur exaudi, *multis.*, ut Dion. Prus. *orat.* 15. de hac ipsa re, παρὰ πολλοῖς καὶ σφόδρα εὐνομουμένοις, *apud multas gentes optimis legibus utentes*, ait hoc summum jus valuisse. Quod autem jus et potestatem necaodi servos habuisse dicuntur

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. (b) *Pos.* 5. 6.

(1) *Ideo, quia servi testamento manumissi pileati lecticam domini prosequebantur: cumque honorificum haberetur ut magna pileatorum caterva lecticam concomitaretur, tam liberales erant in servis etiam scelestissimis testamento manumittendis, quae certe ratio non obtinet in manumissione inter vivos.* Dionys. Halic. IV. p. 228. Confer. Jac. Cojac. observ. 11. 23.

* Ita Jure Saxonum Geradam vendi et donari posse certum est, licet ob jus cognatae quaesitum ultima voluntate nisi illa consenserit, de ea disponere, prohibeat *P.* 2. *Const. Fl.* 14 ubi vid. potest Carpz. *def.* 2. et 4. Moller. pr.

** Conf. Ephr. Gerhard diss. de Lege Fusia caninia Jen. hab.

(1) *Olim tamen, cum nuptiae per* in manum conventionem *fiebant, uxorem in potestatem mariti transisse recte observat illust. Auctor ex Dionys.* Halic. lib. 2. ad tit, sequent. n. 3.

domini, non de interna justitia, sed de jore externo et impunitate accipiendum. Juste enim, nisi capitale ob crimen, humanum sanguinem nemo fundere potest, nec herus neque Rex, Seneca *lib.* 1. *de Clem. c.* 18 neque saevire praeter meritum, etsi intra mortem. Unde D. Adrianus Umbriciam matronam relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset. *l.* 2. *v. in fin. h. t.* Idemque postea generaliter est vetitum, adeo ut quisque de servi proprii caede non minus quam alieni teneator, §. 2. *h. t.* imo nec verborum vulnerumque atrocitas, sed modica tantum coërcitio permittitur *l. un. C. de emend. serv.* c) Contra majorem asperitatem servis patet asylum (τὸ ἄσυλον est inviolabile refugium) apud statuam Principis, unde abstrahi nequeunt; sed magistratus, si intolerabilem saevitiam deprehendat, servos a dominis vendi jubet, *d* §. 2. *et l* 2. *h. t. l. un. C. de his qui ad stat. princ.* idque *bonis conditionibus*, id est, justo pretio, quod requisitum venditionis publice imperatae tradit, *l.* 12. *in pr. de relig.* vel, *bonae* conditiones opponuntur *duris*, quales irati domini crebro venditionibus servorum imponunt, *ut exportentur*, ne *manumittantur* etc. *l.* 25 *de statulib.* Theoph. *hic.* Fuerunt igitur asyla apud Romanos, fuere apud Hebraeos pro homicidis involuntariis, qui vindicem sanguinis fugiebant. *Num.* 35. *Deut* 19 *Jos.* 20. Nobis hodie nihil opus est ejusmodi refugiis; nec enim ejusmodi sanguinis vindices, aut dominorum saevitiam, habent homines quod extimescant.

3. (d Necessitas vendendi servum hoc casu, extra ordinem, ob publicam utilitatem dominis imponitur; *expedit enim Reipubl. ne quis re sua male utatur. d.* § 2. Regulariter nemo cogitur rem suam vendere, *l.* 11. *C. d. contrah. empt.* ne quidem justo pretio, *l.* 9. *de act. rer. amot.* suarum enim quisque rerum liber est arbiter et moderator, *l.* 21. *C mand.* quod jus a principe tolli nequit: Reipubl. habet ille imperium, quod dominio privatorum nihil officit *Ad Reges*, ait Seneca 7. *de benef.* 4. *potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas*; cui non obstat jus Regium, quod *lib.* 1. *Sam. c.* 8. *v.* 11. *et seqq.* describitur Nam jus illud aut est mos et institutum Regibus usitatum, aut est Jus quale Praetor facit, quando inique decernit, *l.* 11. *de Just. et Jur.* non *jus*, id est, regula recti, verum quod subjectos obliget ad patientiam; sicuti liberi parentum ferre coguntur injurias.

S c h o l i u m.

Tres de Jure Regio Samuelis sunt sententiae; I. *Per id indicari nudum factum et quid futurum sit dato Rege, quam sententiam Miltoni et Limnaei refutat Henning. ad* Grot. l. 4. 3. II. Grotii *d. l. subinnui ibidem a Samuele factum, quod effectum juris, scilicet non resistendi licentiam habeat*, quae opinio etiam videtur esse Autoris. III. *Jus illud regium esse verum jus defensa a Magnif. D. Zieglero* ad d. l. Grot. *Bocclero ibid. cum quo et nos facimus.*

R e s p o n s i o.

Quos minus huic sententiae adstipulari liceat, diximus in lib. 1. de Jur. Civit. Cap. 13 et *dicetur accuratius in editione suo tempore renovanda* ξὺν Θεῷ.

N. A d d i t.

Controversia ipsa cum ad Jus Justinianaeum parum pertineat; et ipse Autor etiam ad alium tractatum se remittat, nec a nobis ulterius urgebitur, praeprimis cum plurimae in explicatione juris illius regii occurrant difficultates; quamcunque sententiam arripias. Hinc in Scholio adjeceram citationem Martini Schokii de quadruplici lege regia sect. 2. c. 2, seq. *Cui adde integrum tractatum Joh. Wandalini* de Jure Regis Israelitici, *Schickardum* de Jure regio Hebraeorum c. 2. theor. 7. p. 160. *ubi docet, ipsos Judaeorum eruditos hic sectas facere.*

Sed Princeps, urgente publica necessitate vel utilitate, de civium rebus, dominis invitis, disponere potest; quandoquidem praesumpto generis humani consensu, cum dominia sunt introducta, receptum est sine dubio, *cedere jus privatorum debere totius populi commodo.* Dominium est juris voluntarii, nec ulterius, quam fert populorum voluntas, extenditur. Hoc jus Reipubl. Grotius *Dominium eminens* vocat, *l* 1. *de J B. et P. c.* 1. *n.* 6, aptius, quam alii distinguunt inter potestatem Regis *ordinariam et extraordinariam* Quia tamen populi id quam minimo singulorum damno videntur fieri voluisse, pretium aut continuo praestari, aut postea dominis restitui debet. Grot. *l.* 2. *c.* 14. *n.* 7.

(c) *Pos.* 7. 8. (d) *Pos.* 9. 10. 11.

TIT. IX.

DE PATRIA POTESTATE.

Cujus juris sit Patria Potestas. Specialia illius juris. De Potestate in nepotes. Causae illius juris.

(a) Cum familiae imperium naturae conveniens et a nulla non gente receptum sit, dubium non est, quin origo Patriae potestatis juri gentium debeatur, ut prolixe Bodious probat, 1. *de Rep.* 4. insectatus nostros, quasi dissentiant. Sane Cajus in *l* 1. *de his, qui sui vel al* cum de jure dominorum dixisset, *quae quidem potestas juris gentium est*, subjungit *l.* 3. de jure in liberos, *quod jus proprium civium Romanorum est.* Eadem sunt in § 1. *Inst. eod. tit. et* §. 2. *de patr. pot.* Sed dicendum, Patriam potestatem esse quidem juris civilis, verum *mixti*, cujus origo est naturalis et gentium, sed cui lex plurimum addit, nec alia mens *Justiniano* in *d* §. 2. cum *nullos*, ait, *homines talem habere in liberos potestatem*, qualem *nos habemus.* (b) Matri pro statu mere Naturali par quidem potestas ac Patri debetur, qua de re dix. *lib.* 2. *Digress. c* 3. sed ordinis causa praefertur Patris, ut praestantioris Imperium, Ἡγὰρ ἰσοτιμία μάχην ποιεῖ *Æqualitas pugnam facit.* Chrysost. 1. *ad Corinth. XI.* 3. Quae tamen sexus praerogativa nil nisi *ordinem* civilem spectat, *reverentiam* matri Jure Naturae et divino debitam minime laedit, secus quam D. A. Matthaeus colligit *disput.* 7 *fundam. jur.*

2. (c) Specialia patriae potestatis jura, tam ad res liberorum quam ad personas spectant. Ad *res* 1. Quicquid filius (ex peculio profectitio) acquirit, id Patri quaerit, §. 1. *I. per quas pers. aequir.* Pater habet usumfructum in bonis filii adventitiis, *l.* 1. *C. de Bon. mat.* Filius de bonis suis testamento disponere nequit, *pr. Inst. Qui test. fac.* Pater impuberi dat heredem, §. 4. *Inst. de pup subst. Ad personas* primo refertur regula, Pater et filius una persona videntur, *l ult. C. de impub et al. subst* hinc suus heres filiusfam. est Patri §. 2. *infra de her. qualit* Nulla inter eos obligatio §. 6. *Inst de inutil stipul.* nulla lis esse potest *l.* 4. *de judic.* Pater filiof. tutorem dat testamento. §. 3. *infr. de tutel.* Nuptias filiusfam. sine Patris assensu contrahere nequit. *princ. Inst. de Nupt.* Praeterea Pater olim jus vitae necisque in liberos, et ter eos vendendi exercebat, teste Halicarnassaeo *in l.* 2. et 4 Gell. *l.* 17. *c.* 19. *l.* 11. *d Lib. et posth.* non obstante *l f. C. de Patr. pot.* quam de medii temporis consuetudine accipere licet. (1) Utriusque juris vestigium hodieque superest; *Primi* in *l.* 20 ad *L. Jul de Adult.* ubi Pater filiamf. in adulterio deprehensam impune occidit, quod esse jus Patris, liquet inde, quia non idem maritis licet *l* 1. §. *ult. ad L. Corn. de Sic. Secundi*, in *l.* 2. *C de Patrib qui fil distrax.* ubi pater extrema egestate subactus filium vendere potest *sanguinolentum*, id est recenter natum, adhuc a matre rubentem. Juven. *Sat.* 7. ut explicat Cujac. *in parat. C d. t.* et probat multis Guthofred. ad *d l.* 2. Rationem, cur non idem in adultos licuerit, reddidimus *lib.* 2. *Digress c.* 5. *ubi de toto negotio.*

3 (d) Haec aliaque jura non modo in filios filiasque, sed et in nepotes ex filiis competunt, §. *ult Inst de patr. pot.* Siquidem nec nuptiis, nec separata habitatione, ut *infra* videbimus, patria potestas jure *Romano* solvitur. Sed filia nostra nubendo, quia pars fit alienae familiae, et liberos marito parit, qui sunt in hujus ut Patris ejus potestate, non potest nobis potestatem praestare; verum ejus liberi sunt in potestate Patris eorum, *d.* §. *ult.* quippe imperia domestica penitus confunderentur, si diversi Patresfamiliarum jus suum in eosdem exercerent. Hinc foemina dicitur *finis* paternae familiae, quam propagare incipit. *l.* 195. §. *ult. de V. S* Ipsa alioqui filia manet in potestate Patris sui, §. 2. *infr. ad Sc. Tertull.* quanquam olim, si conventione in manum mariti nupsisset, in viri potestatem transierit, Dionisys Halic *L.* 2. Sigon. 1 *de jur civ. Rom. c.* 9 Moribus hodiernis Patriam potestatem ejusque effectum in desuetudinem abiisse, testatur Gudelinus 1.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 10. (c) *Pos.* 2. *seqq.* (d) *Pos.* 11. 12.

(1) *De partus expositione et nece apud Veteres extat Eruditissimus Commentarius Gerardi Noodt, qui contendit hanc truculentiam tantam fuisse prohibitam tempore Impp. Valentiniani, Valentis et Gratiani per l.* 2. *c. de Infant. expos. quam sententiam impugnat Vir Illust. Corn. Van Bynkershoek in libello* de jure occid. liberos. *Ubi cittas hoc legibus vetitum fuisse probat. Quumque multo post sententiam suam tueretur Noodtius singulari epistola ea de re edita, sequutae sunt Bynkershoekii* Curae secun*dae sive notae et stricturae ad amicam Noodtii responsionem.* Confer Tertull. ad nation. I. 15.

de jure noviss. c. 13. Sed *apud Frisios. Patria potestas plenum vigorem obtinet; cum omnibus effectibus ipsi in jure attributis*, ait Sand *lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 1. De morbus aliarum gentium vid D. Voet. *ad tit. Inst. de Patr pot. n.* 5. * At in Nepotes Avi potestas hodie nulla est, ** quia Nuptiis per universam Europam Patria potestas solvitur; nec reviviscit, matrimonio liberorum soluto, quia quod semel extinctum est, sine nova causa non potest renasci; proinde viduae nihilo magis in potestate sunt quam nuptae, seu minores sive majores annis xxv. Autores vid apud D. Voet. *ad tit. quib. med Patr. pot. solv. in fin.*

4. (e) Causa praecipua constituendae patriae potestatis, est matrimonium sive nuptiae *pr. l. de patr. pot.* Naturaliter quavis quidem generatione potestas Parentibus modo certi et noti sint, comparatur; sed quia pater, nisi ex nuptiis, certo cognosci non videtur, ideo et *Civili* et *Gentium* jure, patria potestas ad conjugium restringitur. Quia tamen Legitimationi et adoptioni, effectus nuptiarum legibus tribuitur, ideo tres modi acquirendae patriae potestatis sunt proditi, *Nuptiae*, *Legitimatio et Adoptio*; de quibus *ordine deinceps.*

TIT. X.

DE NUPTIIS ET LEGITIMATIONE.

Definitio Nuptiarum et genus explicatum. Nuptias non esse contractum. De Polygamia duplici. Quid sit individua etc. Sponsalia et eorum divisio Requisita Nuptiarum. Primum de Civitate exponitur. Item secundum de aetate. Tertium, de consensu Parentum. De vi ratihabitionis. Matres et Curatores nihil habere potestatis in nuptiis. Quartum, de sanguine. Item de affinitate. Prohibitiones extraordinariae. Effectus prohibitionis. De Legitimatione.

(a) Nuptiae sive matrimonium, (saepe nuptiae pro festivitate nuptiali sumuntur, ut *l. pen. de don. int. v. et ux*) sunt *viri et mulieris conjunctio*, *individuam vitae consuetudinem continens* §. 1. *d t de patr. pot.* Vox *conjunctio*, non tam actum conjungendi, qui per consensum fit, ut volunt, qui nuptias faciunt contractum; quam statum conjugii exprimere videtur, ut in *l* 1. *de rit. nupt.* explicatur *conjunctio* per *consortium omnis vitae*; verbalia in *io* desinentia saepe continuitatem, non actum transitorium notant, ut Cicero Bellum definit *Certationem per vim*; sic. 1. *off.* c. 36. In bello movendo suprema fuit apud priscos Romanos *observatio*, id est, perpetuum observandi institutum. Et *possessio* JCtis jus et statum possidendi significat; etc. Verum tamen est, solo nuptias consensu perfici: aptitudo quidem ad generandum, essentiale matrimonii requisitum est, concubitus ipse non ad *perfectionem*, sed ad *implementum* pertinet *l.* 30 *d. R. J. l.* 15. *de Cond. et D. l.* 4. *de fid. Instrum.* Ritus deducendi sponsam in domum mariti, receptissimus quidem fuit, ut in domum *ducta* passim pro nupta usurpetur *l.* 68 *l.* 69. §. 3. *de jur. dot. etc.* Neque tamen perficiebat essentiam nuptiarum, sed jam perfectis superveniebat, non modo recentiori *Cod* jure, *l.* 22. *C. de Nupt.* sed et vetere *Pandectarum*, *l. pen in pr. de don int vir et ux.* nec obstant *d. l.* 15 *l.* 24. *C. de Nup l.* 6. *C. de donat. ante Nupt.* his enim non traditur, quid nuptias

(e) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. 2. 3.

* Apud Saxones quoque Jura Potestatis Patri salva esse; † non modo patet ex *Dec. El.* 23. quae vinculum unitatis inter Patrem et Filium agnoscit, conf. *Landr.* L. 1. a. 10. et *Dec. El.* 62. quae Patri Usumfructum vi patriae potestatis vindicat, sed et expressa sanctione P. 2. *Const. Elect. X.* id cautum est, conf. Thomas. d. Us. jur. patr.

† Cujus potestatis vi Pater legitimam in Judicio standi personam nomine liberorum habet, mandatarium quoque constituit, et omnes actus, etiam quae speciali mandato indigent, rite suscipit, peragitque, nisi maternorum bonorum causa, vel alia ea ratione, iisdem liberis peculiaris curator constitutus sit, quo casu curator hic in iis rebus, quarum gratia constitutus est, curandorum suorum nomine in judicio comparet. *Ordin. Process. Saxon. Elect. Illustr. et Emend. Tit. IX.* §. 1.

** Nuptiis filii, ait Autor, per universam Europam Patriam potestatem extingui, sed nostris moribus, nisi filius oeconomiam peculiarem instituat, secus obtinet, adeoque contingere potest, ut etiam hodie in Avi potestate nepos nascatur. vid. Thomas. *ad Strauch. Diss.* 4. *th.* 26. Id. d. quaes. emanc. German. §. 45. conf. Schuberth. de redintegr. part. potest. §. 2.

perficist, sed quod extranei de nuptiis futuris luquentes, eas tali tempore praesumpserint extituras, quo publice de illis constaret. At in *l.* 6. *de rit. nupt.* verius est, nihil quam formam deductionis absente marito faciendae, naturam vero matrimonii nullo modo doeeri. Diximus hac de re latius in *lib* 5. *Digress. cap* 11. *et seq.* Ejus loco, Christianis moribus publicatio et *Copulatio ecclesiastica* recepta est, quae tameu nec ipsa ad essentiam, nec quidem ad necessitatem nuptiarum pertinet, sed absque ea matrimonium et liberi justi intelliguntur, *nisi lege municipali nullitatis poena neglectui imposita sit*, (1) ut apud *Batavos*, at in *Frisia* factum non est, poena duntaxat pecuniaria aspernentibus *ἱερολογίαν* impusita. Sand. *lib* 2. *tit* 1. *Def.* 1. *

2. (b). Igitur nuptiarum genus est, *maris et foemiae conjunctio*. Donellus 13. *Comm c* 18. prolixe matrimonii genus esse contractum, et quidem societatis contendit, quem alii. nuperque Vinnius *l.* 2 *Partit c.* 21. sequuntur, quia contrahi dicatur. *pr. Inst. de nupt.* et consensu utique ut contractus ineatur, *l. praeced* Uxori societas tribuitur, *l.* 1 *de act. rer. amot.* societas, consortium voluntarium, *l.* 52 §. 8. *D. pro soc.* idem matrimonium, *l.* 1. *de rit nupt* imo contractus diserte in *l f. C. de Repud.* Vere tamen *Contractus* ad dandum vel faciendum, et de his, quae locupletiores nos faciunt, et eo quod interest, quod habet rationem pecuniariam, sunt constituti, §. 19 *Inst de inutil. stipul* Sed nemo est locupletior, quod uxorem habeat; nec animorum illa et corporum conjunctio civilem ejus quod interest rationem continet. Convictus et conjugalia officia, non sunt res commercii, de quibus contrahitur, sed mere personalia, quae ad primum Juris objectum referuntur: nec utique actionem sui nominis producunt nuptiae, ut solent nominati contractus Neque meos fuit veterum nuptias referre inter contractus, nec adeo contractus sunt. Si dicas igitur, matrimonium esse conventionem nominatam, et hanc esse *contractum*, *l.* 7. *in pr. et* §. 1. *ff. de Pact.* regeram, adesse debere materiam, ut dixi, habilem commercii, ut nomen et definitio contractuum applicetur.

3. (c) Numero singulorum *Vir et mulier* ponuntur, excludendae polygamiae gratia, non modo ne plures maritos una materfamilias habeat, ut Romae olim matronae flagitabant, Gell. 1. *c.* 23 quod absurdissimum esse, natura et civilis ratio docet, nec usquam in mundo receptum fuisse legitur: Sed etiam, ne vir plures simul feminas ducat, quod numquam Romae licuit, §. 6. *Inst. h. t. l.* 2 *C. de incest. nupt. l* 18 *C. ad L. Jul. de Adult.* nec jure divino licet, ut Beza probat. *tract. de polygam.* dissentiente ex parte Grotio *l.* 2. c. 5. *n* 9. Haec simultanea est polygamia, ut vulgo; Successiva, id est, secundae nuptiae, cum priore elata ducitur alia, omni jure permissa est, *l.* 4. *pr. C. de bon. q. lib Rom.* 7. ℣. 3. *Corinth.* 1. *c.* 7. ℣. 39. Nam quae poenae jure civili in eas constitutae dicuntur, *tit. C. de sec. nupt.* non sunt proprie tales, id est, coërcitiones et vindictae, sed remedia, quibus prioris matrimonii liberis consulitur, ut est, ne conjugi secundo plus quam uni ex prioribus liberis relinquatur, *l.* 6. *C. de sec nupt.* ut parenti *δευτερογαμῶ* auferatur proprietas eorum, quae a priori conjuge liberisve adeptus est, usufructu tantum retento, *l.* 3. 4. 5. *cum Auth. C. eod.* **

4. (d) Hucusque de genere, *Viri et mulieris conjunctio*. Sequitur differentia; *individuam vitae consuetudinem continens.* Non complectitur omnia nuptiarum requisita, ut consensum parentum, religionem sanguinis, aliaque, nec opus est, quia naturam matrimonii ab aliis rebus distingui sufficit. Vocem *individuam* plerique de scopo et voto contrahentium, non de eventu explicant, quia crebro nuptiae divortiis solvuntur, jure Rom. praesertim, *tot tit. C. de Repud.* Ego malim hoc verbum ad arctitudinem societatis, ut exponitur in *l.* 1. *de rit. nupt.* quam ad perpetuitatem temporis referre; ut socios dicimus *individuos*, qui arctissime, non qui semper sunt juncti. Sic Tacitus, Tiberii *individuum* ab ipso oppressum memorat, amicum utique non perpetuum, 6. *Annal. c.* 10.

5. (e) Priusquam requisita Nuptiarum explicentur, de Sponsalibus dicendum, quae praecedunt nuptias. Definiuntur in *l* 1. *de*

(b) *Pos.* 4. 5. (c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 8. 9. 10.

(1) *Quae imposita est et generaliter obtinet iis in locis ubi decretum Tridentini* Sess. 24. cap. 1. de reform. Matrim. *publicatum est.*

* In Saxon. liberi ante copulam sacerdotalem nati, non aliter habentur pro legitimis, quam si publica praecesserint sponsalia, *Dec. Elect.* 49 ibique Phil. *Observ.* 1. ita tamen, ut sponsa aeque ac sponsus propter anticipatum concubitum et neglectum copulae sacerdotalis, ad carcerem, penitentiamque ecclesiasticam condemnetur, aut alia arbitraria poena, afficiantur. conf. *Die Churfl. Sachs. Kirch. Ordnung.* rubr. gen. *Von Ehe Sachen.* spec. *Von Strafe der Unzucht unde des Ehebruchs* §. *Wo zwo verlobet Personen* rc.

** Apud nos poenas istas secundarum nuptiarum, quae *l.* 1. *l.* 3. *l.* 5. *l.* 6. *C. de sec. nuptiis* recensentur, cessare, Carpz. *P.* 2. *C.* 43. *D.* 14. et Berlichius *P.* 5. *C.* 29 *n.* 26. docent. Conf. *Landr.* L. 1. 2. 5, interim festinatam nimis et praematuram secundi conjugii celebrationem, merito sua manet animadversio.

Sponsal. meutio et repromissio futurarum nuptiarum. Unde liquet, nulla esse nisi de futuris nuptiis sponsalia. Jus Canooicum alia *de praesenti*, alia *de futuro* introduxit, *cap. pen* n. *do Spons.* Illa, quao verbis praesentis temporis, *duco te*, *nubo tibi*, haoc, quae temporis futuri verbis, *Ducam te*, *nubam tibi*, concipiuntur. Sed praesentia, cum purum in nuptias consensum exprimant ex uso Juris civilis nihil a matrimonio differunt, nee quidem Jure Canonum. *cap.* 1. *caus.* 27. *quaost* 2. *Matrimonium non facit coitus*, *sed voluntas*: Idem est in o. *tuao fraternitati* 25. *de sponsal.* Et coitus post nuptias contractas accedero dicitur *d. caus.* 27. *q.* 2. *cap.* 35. *et seq.* Proinde Sponsalia de praesenti et matrimoniom faciunt unum idemquo, adeo ut differant tantum nominibus et quod ad scopom consumationis, quae Canonum auctoritas in moros abiit. Nam omni die Sponsi abusive dicuntur ante copulam, qui matrimonium contraneruot. Denique, est ita fortasse, quod inter jus Civile, Canonieum, et mores hodiernos, parum aut nihil sit discriminis hao parte, quemadmodum Iste dispotavimus *L.* 2. *Digress. c.* 7. *et seqq*

6. (f) Caeterum, *Nuptiae debent esse justae*, id est, secundum praecepta Legum contractae, *h prine.* unde *justa* unor *l.* 31. *de rit. nupt.* eadem quae legitima uxor *l.* 4. *eod.* Praecepta legum ad quatuor espita referuntur; 1. ad jus civitatis, 2. aetatem habilem, 3. consensum tam contrahentium, quam Parentum, 4. ad honestam saoguinis et adfinitatis distaotiam.

7. (g) Ad primum qond attinet, Romanus civis nunquam oisi Romanam uxorem habere poterat. *pr. part. de nupt.* Nam peregrini jure quidem Gentium et domestico, sed Romano neqoaquam, noptias contrahebant, (quibusdam tamen ex Latio cum populis connubii jus videtur fuisse communicatum,) multo minus servile contuberniom titulo, nedum jure, connobii gaodebat. Sigon. 1. *de jur. civ. R.* c. 9. Hinc igitur deportata desinit esse nupta, *l.* 56 *d Sol. matrim.* scil. quod ad civiles effectus attinet, *l.* 13 §. 1. *de donat. int. V. et Ux. l.* 17. §. 5. *ad SC Treb.* etiamsi coosuetudo vitae, quae joris Gentium est, manere possit *d. l.* 13. §. 1. *l* 1. *C. de repud* Verum hoc discrimen inter Romaons et peregrioos, post *l.* 17. *do stat. hom.* vulgato civitatis honore, eniguom habuit usum, et nostris moribus nullum, * quod simplicitati juris Gentium melius congruit.

8. (h) Secundum praeceptum est, in masculis, *pubortas*, in feminis *viripotentia*; quarum tempus Natura in universum non significavit: Undo et Jus Canonicum nuptias iis indulget, qui ex habitu corporum capaces earum reperiuntur, *e* 3 §. *ult. de spons. impub.* Sed noster Legislator, ne obscura divinatiooe vel exploratione indecora laboraret, rem certo annorum numero adstringere maluit, non ut io punoto naturam enprimeret; ideoque, pubertatem aonis 14, viripotentiam 12. definivit, ** *pr. Inst. quib. mod. tut. fin.* (rationem disparitatis in senu dix in *l.* 2. *Digross. c.* 13. (2) ut hoo esset spatium, intra quod nuptiae plane prohibeantur, posthao sint licitao, ut tamen prudentiae singulorum relinquatur, ne, praeter quam expediat, accelerentur: quales reprehendit Imperator in *Nov.* 100. *e.* 2. *τοὺς σφόδρα τάχιστα συναλλάττοντας γάμον*, inquit. Imitandi Germani, *apud quos sora juvenum Venus, eoquo inexhausta pubertas, nec virgines festinabantur.* Tacit. *Germ. c.* 20. Caeterum, tempus hio Justinianus naturaliter computat, non ut annus vel dies coeptus pro impleto habeatur, qui civilis est calculus, sed oportet excessisso annom 12. vel 14. *Τοὺς μὲν ὑπερβεβηκέν, τὰς δὲ μείζους εἶναι*, *hos quidem egressos, illas vero majores dictis annis*, ait Theoph. Recte igitur hoo requisitum ad aetatem refertur.

S c h o l i u m.

Non tam aetas, quam potentia generandi, in qua praeter aetatem adspicitur etiam sanitas et integritas corporis Strauch. Diss. 20. th 10. *De hoc requisito hanc tene regulam; Ubicumque spes ost, per media naturalia generationem sobolis obtineri posse, ibi nuptiao sunt permittendae, ut in senibus, sterilibus, spadonibus. Ubi vero cortum est, naturaliter obtineri non posse generationem, nuptiae non sunt admittendae, ut in Eunuchis, ut in arcta.* Conf. not. ad Strauch.

R e s p o n s i o.

Hoc scholion supplendi potius, quam notandi causa videtur esse adjectum. Nam de aetate nimis evidens ros est. Suppletio per me subsistat.

(f) *Pos.* 12. (g) *Pos* 13. (h) 14.

(2) *Conf. Corn. Van-Bynckershoek observ. Jur.* Lib. 3. cap. 24.

* In Germania sedulo ad religionum diversitatem in desponsandis obviam respiciendum, unde inter personas toleratas religioni addictas matrimonium justum est.

** In Germania masculis ante annum 18, cum et in iis facultas alendi familiam desideretur, matrimonium haud facile permittitur.

N. A d d i t.

Ego vero ad istam suppletionem jam illud observo, quod prior pars regulae in Scholio traditae multas adhuc dispectiones admittat Usus quidem tum fui illa regula, camque inculcavi etiam in Instit. Jurispr. div. l. 3 e 1. n. 11. seq. et c. 2. n 188 seq. *ad defendenda conjugia senum Sed melius tamen defenditur, conjugia senum cum juvenculis et vetularum cum juvenibus, repugnare honestati naturali* vid emendat. iostit. juris div. ad fund nova juris nat. et gent. d l 3 c. 2. n. 30. seqq

9. (i) Tertio, requiritur eonsensus, non modo ipsorum contrahentium, sed etiam Parentum; * quod tam eivilis ob publieam utilitatem, quam naturalis, ob gratitudinem, ratio suadet, ait Imp. *in prinn Iast. de Nupt.* Naturae suasionem Lex civilis in neeessitatem, quod ad Patrem, eonvertit, ut nuptiae, eonsensu Patris neglecto, sint ipso jure nullae *d. prine.* juncto §. 12. *eod. l. 2. de rit. nupt.* modo pater exercitium potestatis suae habeat; nam furiosi filia, euratoris Paterni, et propinquorum ae magistratus eonsilio nubere potest, ac etiam filius; de quo olim dubitatum, quia plus praejudieii familiae patris, ducta in eam uxore quam filia ereat, quae nubit extra domum, *l. 25. C de Nupt* Idem est, si pater per triennium captivus aut desideratus fuerit, vel etiam ante triennium, *si* eonditio sit talis, quae Patri sine dubio placitura sit. *l.* 9. 10. *et* 11. *de rit. nupt.* Jure divino hoe requisitum aeque necessarium, aetumque alias irritum esse, eontra Grotium *d l.* 2. e. 5. *a* 10. reetius statuitur. (3) Jus enim Parentibus *elocandi* filias aut *servandi* datur, τηρεῖν ἢ ἐκγαμίζειν, ait Apost 1. *Corinth.* 7. ℣. 37. idem *Deut* 7. ℣. 3. Adde, quod Pater corruptori filiae usum matrimonii concedere vel negare, pro lubitu possit, *Exod.* 22. ℣. 17. denique adde *arg. c. ult. in pr. lib. Jud* ubi tribus Benjamin extinguenda fuisse narratur, quia Patres reliquarum tribuum juraverant, se nulli ex illa filias suas esse daturos in matrimonium. Hanc gravitatem Juris Divini et Civilis, Pontifices non videntur imitati; *Sufficiat*, ajunt, *secundem Leges solus eorum consensus, de quorum conjunctionibus agitur, c. sufficiat. ca. 27. q. 2.* et Raptor, qui mulieris habet eonsensum, licet Parentes reelament, non tenetur, *c. cum causa X de rapt.* quod si coojugium non valeret, nihil repetenti Patri obstaret, *ut infr.* Licet alii textus consensum *Parentum frequenter commendent, caus* 30. *qu.* 5. *c. aliter.* e. *nostrates c qualis. c. sponsus. Item caus.* 32. *q* 2. *c aon omnis cap. honorantur* et *cap. ult.* sed et alia sunt io iis loeis, unde liquet, ne eonseosum quidem adeo requiri neeessario, ut matrimonium, eo neglecto, sit nullum, adde *c per tuas.* 6. Caeterum consensus Patris taeitus sufficit, nam *si* ante concubitum Parentes matrimonium publiee promulgari et legittime celebrari patiantur, haec non ratihabitio, sed consensus initialis videtur, ut Sandius tradit *lib* 2. *tit.* 2. *de fin.* 2. Quod cum Jure nostro eonsentit. Etsi enim in *princip Inst. de Nupt.* jussus Parentis *praecedere debeat*, hoc tamen ita aecipiendum, ut sufficiat scivisse, nec contradixisse parentem, *l.* 5. *de. sponsal. l.* 5. *C. de nupt.* hinc Theoph. κέλευσιν, jussum, ita explieat, τοῦτ᾽ ἔστι δεῖ τὸν πατέρα συναινεῖν, id est, ***Patrem conseatire oportet.***

10. (k) Sed nec dubium est, quandocumque Patris eonsensus accesserit, ab eo tempore, cessante eausa, quae matrimonium impediebat, nuptias fieri legitimas, justosque suscipi liberos, *arg. l.* 4. *et l.* 65. § 1. *de rit. nupt.* At liberos ante ratihabitionem natos, manere illegitimos, plerique tradiderunt; alii pauciores horum quoque statum sanari putant, quos animus

(i) *Pos.* 15. 17. (k) *Pos* 16.

* Jure Sax. El, Liberi Parentum i. e. Patris ac Matris, iisque deficientibus Avi Aviaeque consensum adhibere tenentur, alias ab iis usque ad legitimam dimidiamve ejus partem institui, imo, si concubitus accesserit, in solidum a successione excludi possunt; conjunctio quoque talis nullitate laborat. *Churfurstl. Sachsis. Ehe-Ordnung*, tit. *Von Ehe-Sachen.* rubr. *Von Ehe-Gelobnissen* §. 1. *Ehe-Ordnung.* de an. 1624. p. 1. Carpz. *Jurispr. Cons* l. 2. *t.* 3. *d.* 38. *n.* 8. Atque haec necessitas adhibendi consensum Parentum, eodem jure etiam ad liberos emancipatos et secundo nubentes pertinet, *v. d. Ordinat, Matrim.* Carpz. *l. c. def.* 49. j. tamen. Berl. *p.* 2. *concl.* 11. *n.* 60. Caeterum, si parentes ex injusta causa in nuptias filii consentire nolint, requiri potest ante sponsaliorum contractum Consistorii consensus, cui idem effectus ac parentali conceditur. *Ehe-Ordn.* d. t. §. *dagegen.*

(3) *Nuptias sine consensu parentum contractas irritas esse, auctor contra Grotium adstruere conatur, odio, ut puto, ergo Pontifices. Rectius enim statuitur tales nuptias jure Divino subsistere; neque exempla ex sacro textu ab auctore allegata contrarium probant. Quid, quod nec in sacro textu desint exempla ubi nuptiae sine patris consensu fuerunt contractae,* Gen. c. 28. v. 6. et seqq. Gen. c, 41. v. 45. Reg. 1. c. 18. v. 26. et 27. Tob. 7. v. 15. et 16. *Quod attinet exempla veteris testamenti ubi parentum consensus adhibitus fuit, ex iis tantum sequitur quod regulariter filii pii non soleant absque consensu parentum nuptias contrahere, non vero quod absque illo consensu contractae nuptiae nullae sint. confer Grot.* de jur. belli ac pac. l. 2. c. 5. §. X. et ad cum comment. Henr. de Coccoji.

inclinat sequi; non ideo, quia, si ratihabitio non prosit liberis ante eam natis, complures praecipuae familiae illegittimo saoguine refertae foreot: nec etiam, quia durum est, liberos, quorum parentes legitimi conjuges sunt facti, semper manere nefarios, sine ulla spe legitimationis, cum etiam incestuosis diuturnitas temporis jura legitimorum tribuere possit *l.* 57. § 1. *de rit. nupt.* Sed ratio decretoria est, quod ratihabitio sit ejus naturae, ut ad principium cujusque actus retrotrahatur, eique inde ab initio qualitatem suam imprimat, adeoque *retro recurrat*, ut ait *l* 16. §. 1. *de pignor.* *l* 56. *de judic.* *l.* 1. §. 14. *de vi et de vi arm* *l.* 25. *C. de donat. int. V. et U.* Idque in omnibus, quae consensu fiunt, etiam ipso jure nullis, *l.* 3. §. 9. *de don. int. V. et Ux* obtinere, textus illi et ratio doceot. Nam ratihabitio est subsecutus consensus, et praecedentem defectum supplet. Quid causae igitur est, cur in nuptiis, quae maxime consensu perficiuntur, non sit idem statuendum? Cum et status liberorum favorabilis accedat, quem incesti macula Divi Fratres liberarunt, *d. l.* 57. Adde similitudem in legitimatione per subsequens matrimonium. Cur liberi ex concubina justi non sunt? Quia titulus nuptiarum deficit: cur nuptiis secutis fiunt legitimi? Quia defectus illius per supplementum retrotrahitur, ac si matrimonium semper fuisset. §. *ult. Inst. de Nupt.* Perge; cur liberi avo ignaro nati non sunt justi? Quia paterno consensu nuptiae destituuntur; quid si suppleatur ille defectus? Nonne consensus retrotrahetur, ac si semper fuisset, et liberi fient legitimi? Ratio summa videtur. Sed nullum firmius datur argumentum, quam a vi retrograda ratihabitionis. Quae opponuntur in ff refellenda sunt *ad h. t.* Petuntur ex *pr I. h t.* §. *penult. eod* *l.* 13. *de his q. infam.* *l.* 13. §. 6. *ad L Jul de adult* *l* 65 §. 1. *de rit nupt.* *l* 6. *C. de Nupt* *l* 11. *de stat. hom*

11. (l) Ex his sequitur, parentes, qui destituuntur patria potestate, non posse nuptias impedire, *l* 25 *de Rit. nupt. ubi: filius emancipatus etiam sine consensu Patris uxorem ducere potest.* De filia tamen annis 25. minore, sanctiones sunt in *l.* 18. *et l* 20. *C. de Nupt.* prohibentes, ne tales filiae *sine patris sententia* nubant, vel matris et propinquorum, si patre carent, a quorum judicio si voluntas filiae discrepet, judicis auctoritas adhibetur, et caeteris paribus, ille *potior existimatur, quem sibi consulens mulier approbaverit.* Si vero utroque orbata parente *sub curatore sit*, liberum ipsi arbitrium datur. Denique, si verecundia impedita eligere nolit, judex coram propinquis ea de re statuet. Ex his intelligitur, utrum et quatenus hae leges sint necessitatis, an secus, qua de re Sandius agit *lib.* 2. *tit.* 1. *Def.* 3. Necessitatis est, adhibere consilium Parentum vel propinquorum; adeo ut si neglectis illis, convolet ad nuptias puella, non valeat matrimonium; neque tamen electionis arbitrium puellae denegatur: ut prudentiae monitum sit potius, quam potestatis in parentibus et propinquis exercitium. Id vero mirari subit, nullam in hoc negotio Curatoris haberi rationem, cujus officium duntaxat in administratione negotiorum consistit, nubere vero pupilla suo arbitrio potest, *l.* 20 *ff. de Rit nupt.* idemque sine discrimine sexus traditur in *l.* 8 *C. de nupt* quae res non immerito multis populis displicuit; * nonnullis, qui jure scripto hac in parte utuntur, usum ejus ita temperare visum est, ut impedire quidem nuptias suo dissensu curator nequeat, adolescens tamen vel adulta nec ipsi ad implendas nuptias cogi possint: quod de Sponsalibus equidem proprie dictis, futuri temporis, concedere liceat; De matrimonio Verbis praesentis temporis contracto, non aeque, siquidem hoc contractum ab iis, qui jus contrahendi habent, divinis nec gentium legibus solvi potest.

12. (m) Sequitur *quartum* matrimonii requisitum, honesta cognationis et affinitatis distantia; ad quam pleraeque nuptiarum prohibitiones referuntur, exceptis quibusdam Reip. Rom. peculiaribus. Sed quatenus cognatio sit nuptiis impedimento, sciri nequit, nisi praemissa linearum et graduum explicatione, quae, licet alterius loci, hic est occupanda. Gradus est distantia cognatorum: Linea, series personarum ab eodem stipite descendentium, eaque duplex, Recta et obliqua. *Recta*, quae genitos et genitores continet; estque ascendens, quae sursum, vel descendens, quae deorsum progreditur. Obliqua est eorum, qui a latere sunt juncti, et *collateralis* dicitur. In utraque est haec regula, *Quot sunt generatae personae, totidem sunt gradus, dempto communi stipite*, ad quem omnis computatio refertur, sed ipse numquam putatur. *l.* 10. §. 9 *de grad et aff.* Hinc filius a patre primo, nepos ab avo gradu secundo, item frater a fratre secundo distat, quia duae sunt generatae

(l) *Pos.* 18. 19. (m) *Pos.* 20. *ad* 37.

* Jure Saxonico tamen idem, quod Jure Civili constitutum est, obtinet, ac minoribus sine Curatoris consensu nuptias contrahendi potestas competit. cons. Richter. *d.* 8. *n.* 106. Nec in muliere Curatoris, qui ratione sexus ei datus est, consensus requiritur.

personae, Pater qui stipes est, praeteritur, fratrum liberi quarto gradu, Patruus et fratris filius tertio, fratris nepos quarto, ac ita consequeoter, adscendendo semper ad stipitem et dein descendendo ad eum, cujus propinquitas quaeritur. Jus Canonicum in linea recta nihil discrepat a civili; sed obliquam dividit io aequalem et inaequalem. AEqualis est, in qua cognati aequaliter a communi stipite distant, ut fratres et eorum liberi inter se singuli. Inaequalis, in qua unus est remotior altero, ut Patruus et fratris filii ac nepotes. Linea aequalis babet hanc regulam, *quo gradu singuli distant a stipite, codom inter se distant*. Ergo cum fratres et sorores distent a patre uno gradu, eorum liberi ab avo duobus, hine inter se, illi primo, hi secundo gradu differunt. Inaequalis linea sic putat, *Quo gradu romotior a stipite distat, codem inter se distant*. Ergo cum fratris mei filius a Patre meo, qui stipes noster est, gradu secundo distet, hine a me quoque eodem differt, eodemque, ex regula aequalis lineae a filio meo, quod est absurdam; (4, ut idem cognatus a patre et filio pari gradu distet; imo ex iisdem regulis fratris mei abneptis mihi et abnepoti meo aeque propinqua est; quo si quid stultius dici potest, fatebor, Pontifices merito Imperatoriam computationem prae sua cum supercilio spernere. *c.* 2. *c.* 35. *q.* 5.

13. Jam in linea recta probibentur nuptiae io infinitum, §. 1. *Inst. h. t l.* 14. *pr.* §. 1. *et seqq. do rit Nupt.* In obliqua secundus et tertius semper suot vetiti. § 2. *et seqq. h. t* Etiam quartus, si contrahentes sibi invicem Parentum et liberorum loco sint, §. 1. 3. *et* 5. *h. t.*

In positionibus dixerat n. 30. ultra quartam numquam. *Quibus verbis addideram soquens Scholium* Imo etiam ultra quartam, sed saltem inter eas personas, quae sibi invicem parentum et liberorum loco sunt, *arg* §. 3. *et* 5. *Inst. h. t.* in quibus tertius et quartus saltem exempli loco afferuntur, non determinationis gratia, quod innuit ratio io § 3. apposita. Et diserte quintus gradus in *l* 39 *d. R N* inter prohibitos refertur. Conf. Autor. *Digress. lib* 2 *c.* 22. *pag.* 268. *Cum ergo Autor istud. Scholion hic omiserit et nihil ad id regesserit, haud dubie in positionibus plus dixit, quam in praelectionibus intendit. Ita et pariter omissum est Scholion nostrum* ad posit. 43 *ubi Autor dixerat, in affinitate iisdom gradibus vetari nuptias, quibus in consanguinitate. Adnotaveram; in Jure canonico quidem valore, sed Jure civili non esse in universum vorum. Atque hoc Scholion etiam silentio suo Autor probasse videtur.*

Parentis loco esse dicitur, qui immediate communi stipiti subest, remotiore altero, ut patruus et propatruus erga fratris neptim atque proneptim. *d ll* Alias quartus et caeteri gradus sunt liciti; fratrum enim et sororum liberi conjungi possunt * ait Imp. *in* §. 4 juxta *l* 3 *D. et l.* 19. *C. h t.* quod mutatum postea, teste Harmenop. *l.* 4 *tit.* 6. ideoque sui temporis morem potius quam Justiniani mentem expressit Theoph. negatinne huic §. adjecta, (5 quamquam et Cajus eam habet, *l* 1. *Inst. tit* 4 corruptus a Gothis, ut Cujacius censet. Hotomanni tamen acutus est, quem movet, scrupulus: Particulam *autem* adversativam in *hoc* §. exigere, ut sensus hic sit contrarius verbis praecedentibus, quae sunt affirmativa, proinde hunc §. negative oportere esse conceptum. Respandetur, voculam *autem* non respicere ad finem, sed initium prioris §., quod est negativum; sed utique distinctio textus in versiculos, quam habemus, antiqua non est; nihil igitur discrimen finis et initii §. § juvet. Est tamen ita, ut particulae relativae, *sed*, *autem*, *vero*, *etc.* non semper proximae periodo opponantur, sed aliquando remotiori, quae praecipua est. Ante consobrinarum nuptias probibitum fuit *in textu* fratris filiae matrimonium, mox incideoter conceditur cum adoptivae sororis filia. Huic ut accessoriae noo respondet sequens oratio, sed priori ut principali.

14. Jus Romanum adeo abhorret a mixtura sanguinis, ut noo modo ad serviles et meretricias cognationes, §. 10. *h. t. l* 14. §. 2. *h. t.* verum et eo, ubi sanguis nullus est, sed imago tantum, probibitionem extendat, ut ad sponsam filii §. 9. *h t.* Et io ficta cognatione, quam adoptio conciliat, infinite in linea recta matrimonium probibetur. §. 1. *Inst h. t.* Item in secundo collaterali §. 2. quin et ulterioribus, si parentum liberorumque loco se habeant. §. 5. Ut tamen, soluta adoptione, prohibitio cesset; nisi reverentia et confusio oominum obstet. Nam

(4) *Absurdum quidem ut idem cognatus a patre et filio pari grada distet in eadem linea, sed quae absurditas si idem cognatus aequali gradu distet a patre et filia in diversa linsa, a patre quidem secundo gradu lineae inaequalis, a filio autem secundo gradu lineae aequalis? Praejudicia sectae hic, ut et alibi, auctorem ut haec scriberet impulerunt.*

(5) *Justinianum affirmative scripsisse, satis evincit vir clariss:* Everard. Otto in dissert. de nupt. consob. C. 4.

* Jure Saxonico inter consobrinos matrimonium est prohibitum ' quod demum inter consobrinorum utrimque liberos justum esse dicitur. Ord. Eccl. t. gen. *Von Ehe-Sachen.* spec. *Welchen Personen sich mit einander in Ehegelobnik einzulassen verboten.*

filia adoptiva patri aumquam juagitur, §. 1. *h. t.* neo filius viduao Patris adoptivi, *l.* 12. *pr. h. t* cum qua nulla adoptionis necessitudo est. Ergo onta, quod prohibitio ob adoptionem, latins quam adoptio ipsa pateat, aam ad feminas adoptio extra ipsam adoptatam uon pertinet, *l.* 23. *de Adopt.*

15. (a Affioitas est necessitudo inter coajugem alterum et alterius coajugis cognatos *l.* 4. §. 3. *de grad et affin.* Gradus ejus proprie nulli suot, quia gradum generatio facit, et affinitas nullis ouptiis oootrahitur, *l.* 4. §. 5. *do grad.* verum suot analogice, *l.* 10. *pr. eod* ut quo gradu ego tibi cogoatus, eodem uxori tuae affinis sim. Prohibitio matrimoaii ob affinitatem est eadem fere, quae io sangnine, eo quod vir et uxor una sint caro, *cap* 8. ✝. *de consang et affin. Statu Fris. lib.* 1. *tit.* 1. *in pr.* Sand. *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 8. at jure civili in linea obliqua ooo legitur probibitio exteodi ultra secundum affinitatis gradum §. 6. *et seqq h. t l.* 17. *C. do nupt. l.* 5. *C. de incest. nupt.* Tenendum porro, affinitatis duos termioos esse extremos, conjugem unum, et alterius conjugis cognatos; ita ut nee coajuges, aee cognati utriusque coojugis, iater se siat affines *cap.* 2. *can.* 35. *q.* 5. Ergo privigous vitrici et novercae affiais est, comprivigni ioter se non sunt, nec quicquam eorum nuptiis obstat. §. 8. *h t l.* Noo *cap.* 18. *Levit* ✝. 11. quem loeum D. A. Matthaeus urget. *disp.* 7. *fundam. th.* 18. loquitur enim oon de comprivigna, sed de sorore consanguinea, ὁμοπατρία ἀδελφή σοῦ ἐστι, *soror tua ex eodem patre est*, ajunt LXX. At nec CL. Wissenbachius Noster *disp.* 6. *ad Inst. th.* 30. persuadere sibi potest, quin haeo explicatio tautologiam textus inferat, cum idem ✝. 9. dictum putet; sed potius est, ut ibi de sorore germana et uterina tantum agi videatur, hic de consanguinea. Affinium conjuges nobis affines noa sunt; etsi Canoaici hoo secundum genus affinitatis vocant; tamen privigai viduam ducere nequeo, *l.* 15. *de rit nupt.* Ergo neo secuadam vitrici uxorem privignus potest, ob reverentiam nominis et imaginem paterni respectus: * Eadem ratione uxoris filiam, post divortium, ex alio natam, jungere mihi prohibeor §. 9. *h. t.* Extra has species legibus expressas, confusio nominum matrimonii copiam non restringit, ut Saodius docet *lib.* 2. *decis. tit.* 1. *def.* 9 ubi casus sunt mirabilis confusioois; ut cum tu mihi filiam tuam, ego tibi meam, collocamus, vel eum Pater meus filiam uxoris meae ducit, quod utrumque licat, *l. ult.* §. 14. *do grad.* quamquam major ibi aomiaum abusio videtur, quam Myrrha ex jiacestu suo praevidet, apud Ovid., 10. *Metamorph.* 9.

> *Tunc soror nati. genetrixque vocabere*
> *fratris;*
> *Nec quod confundas et jura et nomina,*
> *sentis?*

Nam io ultimo casu Pater est uxoris meae gener et socer, Ejus uxor, mea noverca et privigna; adeoque et ego Patri sum soceri et vitrici loeo, ne plura, quae insunt absurda, evolvamus. Sed Lex omnibus tollendis scrupulis non sufficit, aliquid conscientiae hominum relinquere cogitur, Ἐν ὑμῖν αὐτοῖς κρίνατε εἰ πρέπον ἐστι, dictum est Pauli, *cum animo vestro ipsi perpendite, an decorum sit*, 1. *Corinth.* 11. ✝. 13. et noster Paulus *l.* 14 §. 3. *in fin de rit. nupt. In re dubia certius et modestius est hujusmodi nuptiis abstinere.*

16. (o Habuerunt etiam alias Romani prohibitiones mere civiles, qualis, ne Senator duceret libertinam, ex L. Papia, *l.* 23. *l.* 41. *de rit. nupt. l. pen. C. de nupt.* quod hodie sublatum; modo dotalia iostrumeota conficiantur. *l ult. C. eod. Auth. sed novo jure. C. de nat lib.* Porro Praeses, vel qui officium io provincia gerit, ejusve filius, uxorem ex eadem provincia ducere prohibetur, *l.* 57. *l.* 63. *de rit. nupt. tit. C. si quac. praed pot.* Tutor vel Curator pupillam adultam, nec sibi, ** nec filio, neo nepoti collocare potest, *l.* 59 *de rit. nupt.* sed filiam suam dare adolescenti, quem curat, potest, *l.* 64. §. *ult. eod.* quia huoc non subigit reverentia uxoris, ut pupillam maritalis potestas. quo minus libere a viro aut socero exigat rationes; aut bona sua consumenti obsistat; ut Cicero Publiliam divitem puellam tutelae suae commissam duxit, cujus pecunia aes alienum dissolveret, teste Tyrone Tullio apud Plutarch *in vit Cic.* ipsoque in *epistolis*. Damnatam adulterii uxorem ducere non licet, *l.* 9. *C. ad L. Jul. de adult.* Denique susceptor ooo potest eam ducere, quam e sacro

(o) *Pos.* 37. 38. 39. 40. *et* 41. (o *Pos.* 41. 42. 43. 44.

* In Saxon. prohibitio nuptiarum in secundo genere affinitatis ex observantia obtinet, etiamsi Parentum et Liberorum respectus cesset, secundum Carpz. *Jur. Cons. l.* 2. *d.* 102. *seq.*

** Expressa lege apud nos aliud noo est constitutum, interim videas rationibus redditis, hanc licentiam tutori noo aeque denegari, Beust *de spons. p.* 1. *c.* 21. verb. *de Jure Canon.* Carpz. *p.* 4. *C.* 20. *d.* 17.

baptismatis fonte levaverit. * *l.* 26 *C. de Nupt.* Caeterum, Caoonea Pontificum vetuati ad usque aeptimum sanguinia et affinitatis gradum hanc prohibitionem extendunt, e. 35. *q.* 3. *c.* 19. *et c.* 21. novi ad quiotum, scil. suae computationis, qui est nonus juris Civilis, *cap. ult. d Consang.* Hunc sanciendi rigorem dispenaandi facilitate temperaot, in rem snam, quando omni die, pretio accepto, matrimoniis jure divino nefariis indulgent. 6) Iideio Canones affinium conjugea, etai nulla paterni respectus imago iutercedat, oobis jungi vetant, *d caus.* 35. *q.* 3 *c. ult.* et Justinianaeam prohibitionem inter susceptam et susceptorem, longius produxeront, olim pluribus, hodie Tridentino decreto, gradu aecundo, quod Pius V. confirmavit 7. *Decretal lib* 4. *tit.* 2. *c.* 2.

17. (p) Fuernnt praecepta Legum; aequitur sanctio iu §. 12. *h. t. Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, noc nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Ergo quolibet praeceptorum neglecto, matrimonium est ipso jure oullum, hoc § *et l* 5. *C. do LL* Proio gratis quaeritur, ao conjugium aine Parentum voluntate contractum rescindi possit; nam quod nuoquam colligatum fuit, id resolvero frustra labores, nec inepte noster T. Faber *disp.* 5. *th* 12. matrimooia sine Parentum consensu contracta sn dissolvi possint: *Negatur, ait, contra eos, qui nogant tamen* Sandius *lib* 2. *tit* 1. *defin.* 4. multos aacri et profani juria consultos receoset, qui sie statuant; ab initio Patrem impedire quidem nuptias posse, at cootractas et cultu libo eisque obsignatas distrahere, id durum et iniquum videri; quod erudite refutat. Nam cum ea conjunctio nihil quam continuatum stuprum sit, quid est quod aeparationem rei apurcae prohibeat? absurdum est dictu, copula carnali, quae novum peccatum eat matrimonium coalescare; conscosu legitimo, non concubitu prohibito nuptiae perficiuntur, *l* 30. *d. R. J.* nec aliud juro divino *Exod.* 22. ℣. 16 *et* 17. Rationes secus opinantium, inani apecie aequitatis et clementiae, aut reputatione ejus quod utile factu ait, aut familiae decorum, nituntur, quae res ab Juris disceptatione alienae sunt. Ad locs *l.* 1. § *f. de lib. exhib.* ot Pauli 2. *sent.* 19. aic respondetur; *L.* 1. §. *ult.* agit de justo conjugio quod olim pater vi potestatis suae turbare poterat, Cujao. *parat. ff. de lib. exhib.* hodie noo potest, *l* 5. *et* 6. *C. do repud. De sent* Pauli *v P.* 2. *Digr. l.* 1. c 16. ** Denique inter effectus nullitatis est et ille, quod liberi contra legum praecepta nati, non pro oatis e conjugio, aed spuriis habeantur, quod ad jus patriae potestatis attinet; alioqui differunt; Nam spurius proprie dicitur, qui vulgo cooceptus et iocerto Patre natus est ex meretrice, a quibus atricte differunt *illegitimi*, itemque *nothi* aeu naturales, ex concubinatu editi. Pergamus ad alteram patriae potestatis causam.

18. (q *Legitimationem, quae* nihil est quam *Actus, quo liberi naturales fiunt legitimi.* Naturales aliquando adoptivis opponuntur et legitimos comprehendunt, *pr. et* § 7. *tit. seq.* Hic legitimis opponuntur, et sunt, qui tantum naturaliter extra justas nuptias aunt procreati, quibus natura sola, non Lex adest. Respectu matris omnes libeei naturalea paria sunt juris, tam certo quam incerto patro nati, §. *pen. infr. ad Sc. Orfit* Sed viris hi tantum sunt naturalea, qui ex coocubina suspiciuntur, cum qua poterat osse connubium, *hoc* § *ult.* Atque hi soli quos et oothos dicimus, legitimatioois objectum aunt. Spurii et injusti non legitimantor, quia Patrem, cui potestas Patria convenire possit, non habent. Pro apuriis habentur et hi, qui e furtivis amplexibus, certo licet Patre, non tamen e concubinia, nascuntur, *N.* 89. c. *pen et ult.* Sed hi nostris moribus, quod ad legitimationem, jure naturalium habentur, Grotio teste *l* 2. *manud.* c. 12. Et io Frisiae Statutis sub *tit.* do concubinia, agitue de hoc genere, *l.* 1. *tit.* 4. et expresse *tit.* 17. § *ult.* Modus legitimationis *hoc* §. duplex ponitur: per oblationem Curiae et per aubsequens matrimonium. Illa est, cuio Pater filium nothum offert Curiae, id est, ordini Decurionum. qui instar eoatorum io municipiis erant, ut Curialibus seu Decurionibus odscribatur, eorumque oneribus (quae tanta erant, ut aaepe Christiani poenae loco,

(p) *Pos.* 45. 46. (q *Pos.* 47. *ad fin.*

(6) *Vellem allegasset auctor exemplum similis indulti, quod, si reperire potuisset, indubie studio carpendi pontifices non omisisset. Meliori sane fundamento hoc ipsis reformatorum Principibus, Luthero ejusque asseclis exprobrare potuisset, qui anno* 1539. *Philippo Hassiae Landgravio indulserunt ut duas eodem tempore haberet uxores. Quod certe jure divino non licet, ut Auctor observat. n.* 3. *h. t. sed hunc rigorem temperarunt, ut monasteriarum bona in rem suam vertere ipsis concederetur.* Vide Bossuet, hist. des variat. des Eglis. protest. Liv. VI.

* Haec spiritualis affinitas apud nos non attenditur, adeoque etiam absque ulla dispensatione nuptiae inter susceptam et Patrinum recte celebrantur, Carpz *Jur. Cons. l.* 2 *def.* 74 Schilter. *ad ff. Exerc.* 36 §. 50. Interim in iis locis ubi de abrogatione l. 26 C. d. R. N. express. vel tacita non constat, tutissime petitur dispensatio.

** Conf. Ant. Schotting. *ad Paul. cit. loc. n.* 6. *in Jurispr. Ante-Justin. p.* 300.

curiis addicerentur, Brisson. 4. *antiq.* 18) obnoxius reddatur; *Curiae nexibus obligare* sit *l.* 3. *C. de nat. lib.* eodemque tamen *curiae splendore honestare*: etsi non tam honos quam munus fuit decurionatus §. 4 *d. tit l.* 1. *C. de decur.* Sed curiales eorumque onera, dudum ab usu temporis recesserunt, ut certum sit, hodie nulla hujus legitimationis extare vestigia.

19. Secundus modus est, *subsequens matrimonium*; Si quis enim cum matre filiorum naturalium, dotalia instrumenta composuerit, hoc ipso liberi fiunt legitimi, *l* 10. *C. de nat. lib.* * Consentaneum est, vitium ex defectu conjugii ortum, vi solius conjugii sublatum esse, adeoque nihilo plus ad hanc legitimationem quam ad matrimonium requiri, ad cujus naturam nec dos nec instrumenta pertinent, *l.* 22. *C. de nupt. l. ult. C. de don. int. V. et U.* etsi in historia hujus legitimationis, dotalia fere semper instrumenta memorentur, *hoc* §. *ult. l.* 10. *et l.* 11. *C de nat. lib. Nov.* 89. *c* 11. *pr.* ubi, *liberi post dotem editi*, *post dotem conscriptam progeniti*, legitimari dicuntur, quasi dotis hic et scripturae effectus sit. Sed nota, non dici matrimonium, per quod legitimatio fit, instrumenta requirere, sed ipsam legitimationem compositis dotalibus fieri, sine alia conjugii mentione, quod liquet improprie esse dictum. Instrumenta nuptialia pro conjugio usurpantur, quia plerumque adhiberi solent, ut legem jus scriptum dicimus, quia plerumque scribitur, non quod hoc essentiale sit. Proin legitimatio fit, *compositis dotalibus instrumentis*; id est, per matrimonium, quemadmodum et perpetuo duci uxor pro nubere ponitur, ut tamen ducere non sit de essentia, confer §. 4. *infr. quib. mod. patr. pot. solv. l* 1. *C. de emphyt. etc.* Denique *l.* 5. *d. t. C. de Natur. lib.* inspice, in verbis: *mox postquam* etc. vid％ebis a matrimonio solo esse vim legitimandi; caeterum, posso hanc legitimationem in articulo mortis celebrari, consentiunt Dd. nec ratio refragatur. Gail 2 *obs.* 141. *n.* 8 Denique, cum pater ducere concubinam, vel mortuam, vel indignam nequit, tum ad preces ejus liberi rescripto Principis legitimantur, *Nov.* 89. *c.* 9. *et* 10. quod tamen si alii extent liberi legitime nati, vix impetratur *d. N. c.* 11. §. 1. Eamdem cum supplicatione vim habet significatio a patre testamento facta, cupere se, ut filius jura legitimi consequatur *d. cap.* 10 Unde colligitur, male Pacium in *analys. ad h.* §. aliosque, pro quarto legitimandi modo nobis obtrudere nominationem, quia Pater in testamento, vel publico instrumento, aut privato tribus testibus subsignato, naturalem suum absolute *filium* dixerit, non adjecto, quod nothus sit. *N.* 117. *c.* 2. Rectius alii ex tali appellatione filii, praesumptionem tantum in dubio nasci volunt, filium esse legitimum, quamdiu contrarium non probatur: Verba textus, *hujusmodi filios esse legitimos*, explicantur per sequentia, *et nullam aliam probationem ab iis quaeri.* Ut, si scriptum in instrumento fuerit, aliquem promisisse, perinde habetur ac si promisisset, §. 12. *Inst. de inutil. stip.* si tamen contrarium probetur, nihil debebitur, *l.* 7. §. 12. *de pact.* aeque si scriptum sit a Patre, aliquem esse filium suum, perinde habetur ac si esset legitimus; quod si contrarium doceatur, nihil erit quam nothus. Caeterum, non esse Legitimationem actum Legitimum, probavi *lib.* 2. *Digress. c.* 12.

TIT. XI.

DE ADOPTIONIBUS.

I. Definitio et Divisio. II. Discrimen utriusque speciei triplex. III. Refellitur fictio, quae fit in l. 10 C. de Adopt *IV. De arrogatione impuberis V. Regulae*, adoptio naturam imitatur, *usus et effecta. VI. De effectu adoptionis. VII. Adoptio servi. VIII. De usu adoptionis.*

(a) Adoptio, quae tertia causa Patriae potestatis, est Legis actio, (*l.* 3. *de off. Proc*) *qua qui natura filius non est, in jura filii adsciscitur*, adeoque ex Patris sui Naturalis familia in adoptivi potestatem transit. Fit autem Adoptio duobus modis, aut Principis Rescripto, quae vocatur Arrogatio, aut Imperio Magistratus, ** quae Adoptio stricte dicitur *h.* §. 1.

(a) *Pos.* 1. *et* 13.

* Hinc instar legitimorum, suae nativitatis ordine in feodo et allodio succedunt. vid. *Dec. El.* 49.

** Jure Saxonico judicem pro tribunali sedentem praecise requirunt a *L. R. l.* 2. *c.* 30. Coler. *Dec.* 212. *n.* 4. Philipp. *Us. Pr. Inst. l.* 1. *Ecl.* 73. *n.* 3. Kulp. *Diss. de adopt. et emanc. Princ. th.* 2 Hahn. *ad Wes. tit. de adopt. n.* 5. verb. *Jure Sax.*

Nam Testamentaria, quae Romae crebro erat in usu, nomine tantum adoptio fuit; a natura verae adoptionis ejusque seopo aliena, qui est Patria potestas; atqui testamentum oon nisi post mortem valet, et ridiculum est; patrem fore Testatorem, eum non erit amplius, quam absurdum est, maritum uxori Patrem esse? At Augustus Liviam conjugem testamento adoptavit; adoptionem enim voeat Taeit 5. *ann. pr.* quod proprie magis 1. *ann. c* 8. dixerat adsumptionem *in familiam Juliam nomenque Augustae.* Talis fuit illa Tiberii, de qua Sueton. eum *testamento adoptatum, haereditate adita; mox nomine abstinuisse.* Adoptio striete sumpta est, qua liberi a parentibus, in qoorum potestate sunt, auetoritate Magistratus, in aliosum potestatem traduntur. Fiebat olim per tres emaneipationes, et duas manumissiones; ait Imp. *in l. ult C. h. t.* Nam quia lege Romuli Pater semel ae iterum poterat vendere filium, qui tertia demum maneipatione liber exibat: ad imaginem hujus juris, Pater naturalis bis filium mancipabat, id est, vendebat adoptivo Patri, hue emptum bis manumittebat; tum quasi renovato jure naturae, Pater eum tertio manoipatum *Adoptivo* in jure eedebat, id est, plene in eum transferebat, qui sie vindieare filium dieebatur, Gell. 5. *e.* 19. et jam ter maneipatum, bis manumissum, quasi emptum in potestate retinebat. De Augusto Sueton. *e* 46. *Cajum et Lucium adoptavit domi per assem et libram, emptos a Patre Agrippa.* Nam in hisce imaginariis venditionibus assem et libram semper adhibebant, *ut infr. videb. ad* §. 1. *de testam. ordin.* Jure novo, sublato hoe eircuitu, suffieit, adoptionem *actis intervenientibus apud competentem judicem manifestari*, praesente utraque parte et non contradieente, ut tacitus eonsensus suffieiat. §. 8. *tit. seq. d. l. ult.* Quid sit *aetis intervenientibus*, videbimus *infra.*

2. (b) Adrogatio est eorum, qui cum sui juris sunt, per Prineipis reseriptum * in alienam sese potestatem tradunt. Duplex igitur inter hanc et adoptionem est diserimen. 1. Auotoritatis, quae hie est Prineipis, ibi Magistratus. 2. Personae subjectae, quae hic est Paterfamilias; ibi filiusfam. §. 1. *h. t.* Olim adrogatio per populum *rogatione* Comitiis Curiatis perlata fiebat; etiam uterque an filius esse et filium suscipere vellet rogabatur, unde nomen adrogationis est; et sic nihil vetat eonciliare in etymologia Cajum, *l.* 2. *princ. h. t.* eum Gellio, *d. l.* 5 *cap.* 19. quorum hie a populi rogatione nomen dedueit, eujus solemnem formulam proponit: *Velitis. Jubeatis Quirites. Uti. Lucius Valerius. Lucio. Titio. tam. jure. Lege. q filius. sibi. sit. quam si ex eo Patre. Matre q. familias. ejus. natus. esset. utiq. ei vitae. neeisque. in. eo. Potestas. uti Patri. endo. filio. est. Haee ita. uti dixi. ita. vos. Quirites. rogo* Adrogatio per populum etiam sub Principibus aliquamdiu continuata est; donec, his rescripta indulgentibus, antiquus mos evanuit, *l.* 2. *in fin C. h. t.*

Est et tertium diserimen. Adrogatio semper transfert patriam potestatem, Adoptio non aliter quam si ab aliquo adseendentium fiat, §. 2. *h. l.* 10. *C. h. t.* olim indistinete, *l.* 32. *et l. seq pr. l.* 37. §. 1. *D. h. t*, quibus prohinde *per d.* §. 2. *et l* 10. derogatur.

SCHOLIUM AD POS. III.

Quid hie velit Auctor, ingenue fateor, me non intelligere.

RESPONSIO.

Atqui nulla causa videbitur iis, qui textus inspieere non gravabuntur. Nam in l. 32 *et seq. traditur, adoptionem simpliciter omnem, transferre patriam potestatem. In* §. 2. et l. 10. *traditur, adoptionem ab extraneo factam, non transferre patrium potestatem, quae est notabilis derogatio, per quam effeetus adoptionis plus dimidia parte coarctatur. Sunt tamen* in d. th 3. *haec verba concise posita*, l. 10. C. de adopt. ubi non est fietio, nee in §. 14. l. de Suee. ab. intest. Ad horum verborum explieatio traditur paulo inferius in *hac ipsa thesi.*

N. ADDIT.

Ita est: concisio verborum tum peperit obscuritatem. Cum enim scriptum esset in posit. th 3. *In* l. 10. C. de adopt. *non est fictio . nec* in §. 14. l de successs. ab int. *sed per* § 2. d. l 10. *derogatur* l. 32. et seq. in pr. l. 37. §. 1. h t. *Cum, inquam, ita scriptum esset, videbatur sensus Autoris esse, ac si per verba*: Sed per eto. *ratio redderetur prioris assertionis quod in l.* 10 *C. non sit fictio: quam tamen rationem in dictis textibus non poteram invenire. Nunc autem omnia sunt plana.*

(b) *Pos.* 2. 3.

* Io Saxonia Rescriptum Principis non requiri, sed Magistratus authoritatem sufficere, tradunt Schulz. *in Syn. Inst. h. t. lit. a.* Schilter. *ad ff. Ex.* 3. §. 16. Sed contrarium est verius, ita tamen, ut recursu ad Imperatorem in adrogatione neglecto, omnes status Imperii vi superioritatis territorialis, adrogationes confirmare valeant, v. Maul. *de Statib. Imp. c.* 3. *n*, 33. Nicol. *Res.* 6. *n.* 39. *seq.* Stryk. *Us. Mod. ff. l.* 1. *t.* 7. §. 6. *et l.* 4. *t.* 5. §. 6. Conf. Gilaner. *disp. de jure legitimand. princip. Imp. Lips.* 1705. *hab.*

3. Sed Justinianus sollitus ne adoptati forte post mortem Patris naturalis ab adoptivo emancipati, et hujus et illius successione exciderent, constituit, adoptione ab extraneo facta, id est, tali, qui non sit in adscendentium gradu, jura naturalia non dissolvi, *sed manere integra ad omnes successiones. l.* 10 *C. h. t* In adscendentibus id supervacuum credidit, quia nepos v. c. ab avo materno adoptatus, non metuit a successione excludi. Idemque etiam num Adoptio facta ab aliquo maternae lineae; more vetusto patriam potestatem transfert *hoc* §. 2 *d. l.* 10. Ex qua hunc §. male esse descriptum, vult D. A. Matth *in not. ad h.* §., volebat et Wissenbachius noster *ad hunc tit* quasi duntaxat fingatur, adoptatum ab extraneo non transire in adoptantis potestatem, revera autem transeat. Nobis haec fictio non satis probari videtur ex *d. l.* 10. neque ex §. 14. *infr. de success. ab intest* Plus roboris habent verba indubita hujus §. 2. ubi: *nec in potestate ejus est*: nec melior ipso Justiniano sui interpres quaerendus.

Imo, in *ead. l. omnia igitur maneant integra jura*, habetur, et §. 1. *cum per omnia naturae suae filium adgregaverimus.* Ne autem restringas illud *omnia* ad successionis jura, subjicitur, res a filio acquisitas usufructu tenus manere in sacris patris naturalis at nihil hoc ad successionem, inter vivos fit acquisitio illa. Unde liquet, indistincte remanere patriam potestatem, et illud, *in sacris, est* 'ιμφατικὸν potestatem patriam significans, *l.* 2. *C. de bon quae lib l.* 3. *C. de bon mat.* Verba *d.* §. 14. *quasi* non *fuisset in alienam translatus*, ex quibus fictionem suam D. Matthaeus colligit, vel sic possunt capi; *ut qui translatus non sit*, neque enim *quasi* semper fictionem notare, multa probant, ut quasi procurator, *l.* 65. *de Procur.* quasi tutor, *l* 1. §. 5. *de eo qui pro tut.* quasi suspectus *l* 7 § 1. *de susp. tut.* Vel translatio in alienam familiam de externa societate domestica, quam haec adoptio conciliat, accipienda est, hoc sensu: *quasi nullus adoptionis actus intervenisset.* Posterior responsio congruit alii quoque objectioni. Adoptatus ab Extraneo emancipatur *d. l.* 10 §. 1. *et* 2. Ergo in potestate fuit, *arg.* §. 6. *tit. seq. Resp.* Emancipatio est qualis adoptio, utraque irregularis, significat hic solutionem qualiscumque necessitudinis. Ita explicatur *l.* 10 *C. h. t.* in qua si quid ambigui superest, quis meliorem ipso Justiniano interpretem velit? Qui in *d.* §. 2. *h. t.* cum dixisset, adoptionem Patriam potestatem transferre, *sed hodie*, inquit (nota adversativam locutionem,) *cum extraneus filiumfam. adoptat, jura Patris naturalis minime dissolvuntur, nec quicquam ad Patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est.* quod repetit §. 8. *tit. seq.* ex opposito distinctionis membro: solvitur Patria potestas, cum ab aliquo adscendentium fit, non igitur si ab extraneo. At §. *hic* 2. male descriptus est ex *l.* 10., ajunt; fateor, si aut Justiniano non liceat pressius se explicare in Institutis quam in Codice, vel si clarius loqui sit male describere. Puto; si quid plus sit in Institutionibus, quod non pugnet cum authenticis constitutionibus, id aeque valere, ac si in Codice haberetur, *per* §. 6. *prooem. Inst.*

4. (e) Olim nec mulieres nec pupilli poterant adrogari, quia feminis comitia non dabantur, neque pupillus auctor sibi ipse erat idoneus et tutoris potestatem haec res excedebat, Gell *d. c.* 19. hodie ratio, quae feminas prohibuit, cessat, *l* 21. *h. t* et impuberes adrogari permisit Antoninus Pius, Ulpian. *tit.* 8 modo diligens causae cognitio et certae conditiones observentur. §. 3. *h t. l.* 17. *et seqq h. t.* Cognitio circa duo vertitur, *an honesta sit adrogatio, expediatque pupillo h.* §. 3. Ad honestatem pertinet, an sancta sit affectio. *l.* 17. §. 1. *μὴ διὰ αἰσχρὸν ἔρωτα, ne ob turpem amorem fiat*, ait Theoph. indicans, non defuisse qui nefariae libidini potiundae sanctissimum Patris nomen praetexerent, et obtentu παιδονομίας Laconicae, (de qua vid Emmium *descr. Reip. Lac.*) Sodomiticam exercerent. Videndum quoque, an non adrogator ipse liberis operam dare possit, aut liberos habeat, praecise tamen negari jus adrogandi his, qui Patres sunt, vel fieri possunt, non putem *d. l.* 15. §. 2. quemadmodum et in cognitionem venit an adrogator sit minor 60. annis, nec tamen minori 60. negatur abscisse adrogatio. Lex enim annis saltem 18. requirit, ut adoptans praecedat adoptatum. §. 4. *h.* Dein cognoscitur an adrogatio impuberi futura sit utilis. *dd. ll.* Nam etsi filius succedendi quidem jus Patri consequeretur, Adrogator tamen confestim dominus omnium ejus rerum fiebat, *infr. de acquisit. per arrogat.* eoque videndum, ne non potius hoc lucrum sibi, quam pupilli commodum affectaverit, proinde facultates aliaque aestimanda, de quibus in *d. l.* 17. quanquam haec cognitio in omni adoptione suo modo adhibenda sit. Ulp. *et* Gell. *d. loc.*

Sed conditiones, quae sequuntur, tres *hoc* §. 3. fortius spem improbam Adrogatoris praecidunt. Satisdare enim, id est, cavere datis fidejussoribus cogitur, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui ab intestato erant successuri. *h* §. 3. *l.* 18. *cum* 2. *seqq. h. t.* Cautio debet fieri personae publicae,

(e) *Pos.* 4. 5.

τοῦτ ἐστι τῦ ταβουλλαρίῳ, id est tabulario, *Theoph.* qui servus Reip. erat, *d. l.* 18. *l.* 2. *D. rem. pup. salv.* et adhibetur stipulationibus acceptandis, eum is ad quem spectat non potest, ut si iofans sit, vel iocertus, veluti hoc easu; neque enim constat quis, eum impubes morietur, legitimus heres sit futurus. Adrogator igitur non succedit filio impuberi adrogato. Secunda conditio est, si adrogationem retractare et filium Pater emancipare velit, id non permittitur nisi causa cognita; si autem dignus dimissione, *τοῦ ἐκλυθῆναι*, *ejectione*, ut Theoph. reperiatur, propria boua cum incremento, id est cum fructibus ei reddenda sunt, *d.* §. 3. Postremo, si absque justa causa eum emancipavit, vel exheredarit Pater, quartam quoque suorum bonorum ei relinquere jubetur. (1) Quae plerumque et est quarta omoium bonorum, et portionis ab intestato; solent enim adrogati in domo paterna soli esse, cum his qui liberos habent vel habere posunt non facile permittatur adoptio. §. *praeced.* Et hinc ea eo, quod plerunque fit, textus absolute loqunutur de quarta bonorum, quia ut plurimum omnia bona debentur adrogatis ab intestato. *h.* § 3. *l ult Si quid in fraud patron.* *l* 22. §. 1 *h t* Si tamen Adrogatorem contingat plures habere aut suscipere liberos, non est ab iis recedendum, qui censent hanc quartam esse portionis ab intestato debitae et non omnium bonorum; absurdum enim, adrogatos liberalius quam naturales liberos haberi, quibus certum est exheredatis quartam intestati tantum deberi, *l.* 8. §. 8. *de Inoff. testam.* quae tamen et quartam bonorum dicitur, *l.* 6. *C. eod.* ut sic etiam explicari possit indistincta locutio in *d.* §. 3. *l.* 22 §. 1. (2)

5. (d) ***Adoptio Naturam imitatur***, ait Imp *in* §. 4 generaliter, quia supplet defectum naturae; sed in terminis singulorum effectuum imitatio haec naturae magis videtur negativa esse quam positiva, ut nihil contrarium, quod non fieri per naturam possit, contineat Hinc quia pro monstro est, filium Patre majorem esse, adoptare etiam nemo alium potest nisi cujus per aetatem Pater esse queat, neque vero hic minimum tempus spectatur: Nam licet nuptiae ab anno decimo quinto iniri possint, raro tamen fieri videmus ut non pluribus annis major sit pater filio. Ergo non tempus nuptiarum, quod per leges liceat, sed generationis, quo solent Patres fieri, attenditur, nempe annis 18 *inchoatis*.

S c h o l i u m.

Sed de inchoatione nihil est in Legibus, quia potius verbum praecedere; *quod in* §. 4. hic *extat, ad implementum anni* XVIII. *videtur respicere, juncto arg. l.* 49 *de Legat* 1. *Videtur equidem* Noster *respexisset ad* §. ult. qui et ex quib. caus. manum. non poss. *juncta* l 13. de manum. vind. *et verbis* §. 4. h. plena pubertate etc. *sed his non obstantibus, verbum* praecedere, in eodem §. 2. l. 40. §. 1. h. t. conjecturam istam superat.

R e s p o n s i o.

Verba textus in § 4. *h t sunt haec;* Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem et octo annis praecedere, sicut etiam in *d l.* 40 §. 1. *h. t.* *Plenae pubertatis ratio alimentorum respectu imprimis reperta est, quam Adrianus constituit in pueris* usque ad annum decimum octavum, *l.* 14. §. 1. *de Alim. legat. quibus verbis initium anni octavi decimi non puto dubium esse indicari, idque juvatur inde, quia plena pubertas est extensio pubertatis contra usum verbi: cujusmodi extensiones restringendas esse vult ratio et usus. Accedit, quod verba d. l.* 13

(d) *Pos.* 6. 7. 8. 9.

(1) *Adeoque indistincte sive eum justa de causa sive injusta exheredarit, hanc quartam ei relinquere jubetur*, Arg. l. 8. §. 15. ff. de in offic. test. *Atqui filio naturali justa de causa exheredato nihil relinquendum? Sed adrogator non emancipando filium adrogatum, injuriam sibi illatam remisisse intelligitur, quae ratio non habet locum in filio naturali, cum emancipatio naturalium fiat ex benevolentia, adoptivorum ex odio.*

(2) *Rarior olim fuit illa quaestio et vix incidere potuit, quartane omnium bonorum an portionis legitimae intelligenda sit in constitutione D. Pii? Cum non nisi difficulter existentibus liberis naturalibus adrogatio concederetur, iisque non existentibus unus tantum adrogabatur.* L. 15. §. 3. l. 17. §. 3 ff. de adopt. Perison. C. 3. animadv. hist. *Cum tamen sint quaedam exempla eorum, qui, cum sine liberis non essent, adoptaverunt alios, probabilius contra auctorem dicetur D. Pium quartam omnium bonorum intellexisse. Dicitur enim in* §. 3. *inst. h. t.* quarta bonorum suorum. *In l.* 2. *C. de adopt. et in l. ult. ff. si quid. in fraud. patr.* ex bonis quae mortis tempore illius qui adoptavit fuerunt, para quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est. *Et, si illa quarta non esse relicta, non instituebatur querela inofficiosi testamenti, sed actio familiae erciscundae* l. 2. §. 1. ff. fam. ercis. *Neque absurdum adrogatos liberalius haberi quam naturales, cum et justa de causa exheredati adrogati liberalius haberentur. Levius est quod quarta legitima alicubi dicatur etiam quarta bonorum, cum textus alii abunde dicant quid per eam quartam intelligendum sit, sed hoc nullibi sic dicitur de quarta D. Pii.*

de manum vind. non minor aonis 18. *explicantur, in d* § *ult. l. Quib ex caus. manum. ita*, nisi decimum septimum aonum impleverit et decimuin octavum attigerit *Haec satis evidentia videntur. Verbum* praecedere, *quod urget Scholiastes, nihil praejudicat; aeque enim XVIII inchoati* praecedunt *quam impleti Argumentum ex l.* 49. *de legat.* 1. *par vi momenti repericiur, si conferas l.* 48. *de C. et D. l.* 74. §. 1. *ad Sc. Trebell.*

N. Anoit.

Ut ab ultimo incipiam: argumentum illud ex l. 49. de leg. 1. *ita leve non est, ut videtur Autori Agitur ibi de sensu phraseos quatuordecim annorum esse, et definitur, quod quatuordecim anni debeant esse adimpleti Jam vero* 18. *annis* praecedere *aliquem plus infert, quam* 18. *annorum* esse *Sed, inquit Nester, neque* 18 *anni inchoati praecedunt ac impleti Ita quidem est. Sed phrasis* 18 *annis aliquem praecedere non usurpari solet de inchoatis. Etiamsi vero* d. l. 49. de leg. 1. *nunc conferas cum* l. 48. de C. et D. et l 74. §. 1. ad Sct. Trebell. *propterea tamen hactenus dictorum pondus non allevabitur. Agitur ibi de plane alia phrasi, sc.* pervenire *ad annum vigesimum. Pervenit etiam, qui attingit. Et tamen textus allegati ostendunt, de hac phrasi etiam plurimos sensisse, quod solum de adimpletis explicari debeat, aut quod consideranda sint negotia, de quibus sermo fit et pro eorum diversitate diversimode explicari debeat illa phrasis. Atque haec hypothesis ultima maxime quadrat ad ostendendam verosimilitudinem interpretationis nostrae in materia praesenti. Concedimus, plenam pubertatem constitutam esse, (an ita ex libera, et pro ratione stante voluntate inventa sit, mox apparebit) ab Hadriano in doctrina de alimentis legatis* d. l. 14. § 1. de alim. leg *Sed quod Autor addit, non dubium esse quod intelligantur inchoati, in eo videtur latere petitio principii, cum illud quod in feminis plena pubertas extensa sit ad annum* 14. *et adeo, ut videtur, ad pubertatem ordinariam masculorum, potius videatur suadere contrarium Deinde etsi demus, plenam pubertatem denotare in materia alimentorum annum* 18. *inchoatum, tamen quod illam plenitudinem pubertatis postea JCti transtulerint ad adoptionem, ideo videtur factum, quia principii loco posuerunt, adoptionem imitari naturam. Jam vero rarius masculi tum temporis ante annum* 18. *feminae ante* 14. *matrimonium inire solebant, etsi per leges illi anno* 14. *hae anno* 12. *poterant. Unde etiam ipse Imperator Hadrianus istos mores postea videtur ad legata transtulisse. Igitur cum in legibus non debeat attendi quod semel aut bis fit, JCti etiam in adoptante voluerunt, ut praecedat non communi, sed plena pubertate, i. e. ut secundum mores consuetos* 18. *annos natus fuerit cum ex fictis nuptiis hunc filium generaret. Jam ergo, etsi demus, plenam pubertatem in iis masculis, qui matrimonium ineunt, denotare* 18 *annum inchoatum, antequam tamen partum ex isto matrimonio suscipiant, requiritur tantum spatium, ut annus* 18. *eorum compleatur, et sic secundum id, quod plerumque fieri solet, pater naturalis minimum* 18 *annis completis major sit filio naturali. Hoc vero naturale imitata est adoptio.*

Alexander Severus annorum duodecim, ab Heliogabalo quatuordecim annos nato adoptatus est, sed Princeps a principe, et tamen irridentibus cunctis, γελοιότατα ψηφισαμένων πάντων, ut Herodian. *l.* 5. *c.* 7. Subtilius satisfecit legi Marcus, anno decimo octavo L Commodum adoptans, teste Capitol. Igitur plena pubertas requiritur, quae anno 18. in maribus inchoatur, §. 4 *h. l.* 40. §. 1. *h. t* in feminis (quod non tam hic quam in alimentis legatis usum habet *l.* 14. §. 1. *de alim leg*) ab anno 14. discrimine triennii, cum in prima pubertate biennium modo intersit; ratio esse videtur, quia puellae maturius operis suis victum quaerere possunt quam pueri, ut usus docet.

8 Porro adoptio non modo in filiorum, sed et nepotum imitationem fieri potest, non modo ab eo qui filium habet aut habuit, sed et qui nullum modo habere possit; neque enim necesse est convenire adoptionem cum natura, modo ei non repugnet; et est hic duplex tum fictio (contra id quod Dd vulgo, duo singularia concorrere non solere) primo filium habere aut habuisse eum qui adoptat et secundo, nepotem ex eo: non quod filius ex quo fingitur nepos designandus sit, sed potest quasi ex incerto natus fingi. §. 5. *h. l.* 43. *h t* Quo autem loco adoptatus Patri naturali fuerit, nihil refert, cum ejus potestas extinguatur: proinde filius alterius a me ut nepos adoptari potest; qui nepos domi suae est, mihi loco filii esse potest: nam licet alia sit nativitatis ejus conditio, tamen sufficit eum potuisse adoptantis esse filium. §. 6. *h. t.* Sed qui habens filium nepotem tamquam ex eo genitum adoptat, eum hoc effectu ut filio suus heres fiat, is consensu filii impetrato indiget. §. 7. *h. t.* Nam etsi agnatorum voluntas in adoptione non spectetur *l.* 7 *h. t.* nec filii quidem, si Pater tanquam ex alio vel incerto filio nepotem adoptet et tantum cupiat actum adoptandi inter se et nepotem subsistere, *l.* 43. *h. t.* tamen si non modo ipse avi sed et filium Patris loco velit esse adoptato, nihil agit

nisi filio consentiente, quoniam invito nemini suus heres agnascitur *d.* §. 7. Qua ratione Avus nepoti quem habet in potestate, sine Patris consensu nuptiis nequit autor esse, *l.* 16. §. 1. *de rit. nupt* neptim vero solus avus recte matrimonio colloeat, quia Pater e filia suos heredes non expectat. In amissiona Patriae potestatis non est eadem ratio, ut videbimus ad §. 7. *tit. seq.*

(e) Naturalis gignendi incapacitas, si peremptoria et desperata sit, ut in castratis sive Eunuchis, adoptionem penitus prohibet, non si externo et temporali incommodo impedita, ut in Spadonibus §. 9. *h. l.* 2. §. 1. *h. t.* Spadones in genere sunt omnes gignendi incapaces: iique vel Spadones tantum, qui sperantur in venerem convalituri, vel castrati, *l* 39. §. 1 *de jur. dot.* ubi et spadonibus nuptiae permittuntur, non castratis, quibus tamen adoptio a Leone Imp conceditur, *N.* 36. Theophilus Eunuchos facit genus, eosque triplices, spadones, castratos, thlibias: quibus testes sunt attriti, nec magis quam castrati jus adoptandi habent. Quin et simplex Spadonis adoptio non tribuit patriam potestatem; cum descendentem nunquam habeat, adeoque nec adscendens ipse unquam, sed adoptatus ei semper extraneus sit, nisi impotentia genitori jam facto supervenerit, ut Theoph. Femina ut naturales liberos in potestate non habet, ita nec adoptione, quae causa est patriae potestatis, fungi potest. §. 10. *h. t.* Tamen si qua mulier liberis amissis ad blandiendum ac imponendum dolori liberorum nomina desideret, conceditur ei Rescripto Principis adoptio, absque effectu tamen Patriae potestatis, cujus plane est incapax *l.* 29. §. 3 *de inoff. test.* *l.* 5. *C. h. t.* Et est species haec, quae notissimos adoptionis terminos excedat; cum nec adoptio sit stricto sumpta, quia non fit coram Magistratu; nec utique est adrogatio, licet rescripto Principis fiat.

6. (f) Cum adoptio naturam imitetur, consequens est adoptatos iisdem juribus subjici atque potiri quae patriam potestatem in naturalibus liberis consequuntur, secundum distinctionem §. 2 *h t.* Quibus juribus subjiciantur dixi *tit.* 9. §. 2. Potiuntur jure succedendi ab intestato §. 2. *infr. de hered. ab int.* ex testamento heredes fiunt necessarii, § 4. *I. de exher.* etc. ideoque nihil vetat Adoptantem jus suum transferre, aliique filium cedere adoptandum, §. 8. *h t.* non tamen Patri naturali, quoniam *imagine naturae veritas adumbrari non debet*, *l.* 23. *de lib. et posth. hered.* atque ut natura Pater nemo, dum vivat, esse definit, ita et in eo convenit adoptio, quod ad tempus fieri non possit. *l.* 34. *h. t.* Neque desunt tamen exceptiones in quibus adoptionis commentum naturae effectu destituitur. Sic adoptivi nihil conferunt ad jus trium liberorum et evitandas orbitatis poenas respectu hereditatum et honorum, *l.* 51. §. 1. *de Leg.* 2 aut excusationis a publicis muneribus, *pr. Inst. de excusat. tut.* Tacit 15 *Ann. c.* 10. *Factum ex eo SCtum, ne simulata adoptio ulla parte muneris publici juvaret, ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset.* Conditio fideicommissi, *Si heres sine liberis decesserit*, non deficit liberis per adoptionem adscitis, *l.* 76 *de C. et D.* neque succedunt Adoptivi in feudis. c. *adopt si de feud. defunct* Denique cognatio per adoptionem non conciliatur nisi a parte Patris, quae est agnatio, *l.* 23 *h. t.*

Postremo; ut Pater naturalis non modo filium, sed et nepotes ex eo, in potestate habet, §. *ult. sup. de patr. pot.* ita Adrogator et hunc, quem immediate adrogavit et liberos ejus potestate complectitur. §. 11. Cum enim liberi sint proprii Patris, necessario cui Pater subest, huic et liberi subjiciuntur, non secus ac bona ejus; in simplici adoptione id fieri nequit. Nam filiusfamilias liberos suos in potestate non habet, sed Pater ejus in cujus manu, cum adoptatur, eos relinquit. *l.* 40. Quod de Adrogatione dictum est, Imp exemplo illustrat Augustus diu cunctatus an Germanicum Drusi uxoris nepotem, cunctis laudatum, sibi successorem destinaret, precibus uxoris evictus privignum Tiberium praetulit, Germanicum secundo loco habiturus. Tacit. 4. *ann.* 57. Sueton. *c.* 4. *Callig.* Igitur Tiberium primo coegit adrogare Germanicum, Sueton. c. 15 *Tib.* tunc ipse Tiberium in filium adrogavit, ut eodem actu absque nova adoptione Germanicus ipsi pro nepote esset, *h* §. 11. quo exemplo dein Hadrianus adrogavit Antoninum Pium, posteaquam hic Marcum, Marcus L. Verum adoptasset, uti sic uno actu Adriano filius, nepos, pronepos adsciceretur teste Capitol. *in Marco et in Vero*

7. (g) Habuimus *supra* casum quo adoptio non tribuit effectum Patriae potestatis, sed quo nomen duntaxat et imaginem filii praestat. Is erat, quando quis ab extraneo adoptatur. Alter casus fuit in adoptione feminae, et tertius est in servo adoptato. §. *sequ.* Dominus servum adoptans, quod vult id non consequitur, quod non intendit hoc agit, ait Theoph. Servus enim non fit ei filius, qui est finis adoptionis, sed liber tantum. Nam etsi adoptionis actus valeat, ut plerosque veterum scripsisse Gellius testatur, *l.* 5. *c.* 19. quos inter *hic* Cato laudatur; tamen nec libertinis quidem permittendum esse, uti per adoptionem in jura Ingenuorum invadant,

(e) *Pos.* 9. (f) *Pos.* 10. (g *Pos.* 11. 12.

Massurius Sabinus tradit. *d c.* 19. Sed inutilis adoptio valet ut manumissio, *σιωπηρῶς* ait Theop. ex tacita domini voluntate; nam quem filium habere voluit, hunc multo magis liberum voluisse videtur. *arg* §. 2. *infr. ex quib. caus. manum.* Hinc, si quis servum *actis intervenientibus* filium suum nominaverit, is liber fit, non filius. § *ult. h. t.* Acta intervenire dicuntur, cum aliquid in Consistorio Principis, aut magistratus auditorio in publicos commentarios redigitur. *l.* 45. *l.* 46. *D. de re jud.* Giphanius *ad h.* §. Theophilus optime, *actis intervenientibus*, explicat, *εἰσελθόντος ἐν δικαστηρίῳ τινὸς καὶ ἐγγράφοντος ἐν ὑπομνήμασι*, *ingrediente aliquo in locum judicii et memoriali scriptura adhibita testante.* Multa passim horum actorum mentio occurrit.

(h) Caeterum *Adoptio non jus sanguinis, sed agnationis adfert*, ait Paulus in *l.* 23. *h. t.* id est, non ea quae sola natura confert, sed quae positivi juris sunt: cum autem Nobilitas sit excellentia generis a natura non introducta, sed honorum usu reperta, nihil vetat illam adoptione acquiri. * Nec dissentit Cuj. *Consult.* 56. qui *nobilem*, ait, *ex ignobili adoptio facit, si gentem spectas, non si genus.* Nam Romana nobilitas est gentis. Genus, quod per traducem, ut ajunt, propagatur, rationem mere naturalem habet, a quo diversa est nobilitas, contra quam Tiraq. *de Nobilit. c.* 15 Clara apud Romanos res est. Tacitus 5. *ann. c.* 1. Liviam Augusti uxorem vocat *nobilitatis per Claudiam familiam et adoptione Liviorum Juliorumque clarissimam.* Idem l. *H.* 15. Galbam Pisoni adoptando ita locutum, *Insigne* ait, *tibi Sulpitiae ac Lutatiae decora, nobilitati tuae adjecisse.* Dignitas per adoptionem augetur, *l.* 35 *h. t.* et senatoriae dignitatis, quae est fons nobilitatis apud Romanos, fit consors qui adoptatur a senatore *l* 6. *de senat.* Ingenuitas quidem adoptione non comparatur, *l. ult. h. t.* sed hujus a nobilitate diversa est ratio. Plura dix. in *lib.* 2. *Digress. c. ult.*

Hodiernis moribus adoptivi qui dicuntur potius Alumni sunt, nec jura liberorum vel in nuptiis, vel successionibus, vel in nobilitate consequuntur. Gudel. 1. *de jur. noviss.* 15. Vinnius *pr. ad h. t. n* 2. vid. tamen D. Voet. comment. *ad h. t. in f.* In Frisia nostra, cum Statutis non sit abolita adoptio, nihil obstat quo minus etiamnum ** obtineat. Extatque illustre exemplum Adrogationis in illustri Viro supremae quondam Curiae Senatore primo, Legationibus magnisque in Rempubl. meritis notissimo Allardo Petro Jongestal, qui a Patruo Viro Amplissimo adrogatus, successione intestati aliisque juribus liberorum sine controversia gavisus est.

TIT. XII.

QUIBUS MODIS JUS PATRIAE POTESTATIS SOLVITUR.

I. Continuatio et modi tres recensiti. II. Primo de morte natur. et Civ. ubi de relegatione. III. De servitute poenae et captivitate. IV. Alter modus tollendi, dignitas. V. Tertius, emancipatio. VI. Ejus effectus.

(a) Quaenam personae sint alieni juris, et quando servi Dominorum potestate liberentur, diximus: Patria potestas ad regendam familiam Jure Gentium introducta, eodem Jure, cessante hoc regimine, solvitur.

Scholium.

*Excipe terras, in quibus viget jus Saxonicum, secundum cujus dispositionem in filio praecise separata oeconomia *** requiritur, quamvis in filia nuptiae sufficiant.*

(h) *Pos.* 13. (a) *Pos.* 1. 2.

* Jure hodierno Germaniae contrarium verius est, cum nobilitas sanguinis Principis ex beneficio concessa censeatur ac arbitrio adoptantis in ignobilem transferri nequeat. Stryk. *Us. Mod. t.* 1. *l.* 7. §. 8.

** Nec Saxonum Jure aut moribus adoptio exolevit, vid. Kulpis. *d. Adopt. et emanc. Princ. th.* 7 Menck. *Gymnas. Pol. Disp. Civ.* 11. *th.* 7. Schilter. *ad ff. Ex.* 3. *th.* 16. licet nonnulli adoptionis loco unionem prolium mores Germanorum introduxisse autument. Gail. *L.* 2. *Obs.* 128.

*** Nuptiae ergo filii non sufficiunt, nec majorennitas sola, ut nonnulli volunt, vid. Thomas. *d. quas. emanc. German.* §. 45. sed a filio filiave majorenne, instituta oeconomia peculiaris P. P. dissolvit v. *Weichb. art.* 76. *p.* 2. *C. El.* 10. ibique Carpz. *d. l. seq.* Nec contrarium evincunt juris Saxonici ac Alemannici textus *L. A. l.* 1. *art.* 11. 13. *Spec. Suev. cap.* 382. qui potius de separatione bonorum cum filia majorenni olim suscipienda, quam solvenda per majorennitatem patria potestate loquuntur.

Romani veteres duos tantum modes solvendae Patriae potestatis agnovere, mortem et voluntatem Patris, donec Bysaotioi Principes dignitates quaidam adjeceruot. Ita tres modi reccosentur *hoe tit.* Mors, Dignitas, et Emaocipatio. Mors est vel naturalis, *h. pr.* quae fit migratione ex hac vita; vel civilis, §. 1. cum libertas aut jus oivitatis amittitur; tuoc enim hemioes iotcrire dicuntur, *l.* 63 §. *ult pro soc.* et servitus morti adsimulatur *l.* 59. *ult. de C. et D.* Morte naturali cur solvatur patria potestas, ocmo ambiget, cum procul dubio jus personale sit, quod cum personis extingui debet *l.* 196. *de R. J.* licet effectus ejus post mortem in multis rebus duret. § 3. *inf. de tut. Tit. de pup. subst* §. 2. *de her. qual. l.* 5. *pr. de C. et D.* Et quidem mors patris liberos in potestate habentis *ἀμάχως*, semper eam tollit. Quod si Pater ipse adhuc filiusfamilias sit, tuoc Avi morte potestas in hunc transfertur. Si ipse ab Avo emancipatus vel praemortuus sit, tunc Nepotes avi morte fiunt sui juris. Hoc ait Imp *pr. h t. Nepotes sui juris fiunt si post mortem avi in potestatem Patris sui recasuri uon sunt.*

2. (b) Prima species mortis civilis §. 1. reccosetur deportatio in Insulam, surrogata in locum veteris aqua et igni interdictionis, ut latius infra. (1) Per haoo, ut reliqua civitatis jura, sic et patria potestas tollitur. Perduot enim omnia quae sunt Juris Civilis, et quae nudi Juris Gentium sunt, retiuent deportati. *l.* 17. §. 1. *de poen.* Com autem omoes fere patriae potestatis effectus mere civiles sint, hinc, licet ipsa potestas simplici Jure Gentium deportato maneat, quia tameo Jure Civili enervatur, ideo et ipsa tolli dicitur. Qui a deportatione per Priocipem sunt restituti, patriam potestatem recuperant. *d.* § 1. Quod de restitutione speciali intellige, per quam booa omniaque jura restituuntur. *l.* 3 *D. l.* 1. 2. 3. 9 *C. de sent. pass.* Nam generalis quae dicitur nil nisi veniam delioti et reditum in patriam praestat. *l.* 2. *ff. l* 2. 4. *et seqq. C. d. t.* Relegati patres liberos in potestate retioent ait Imp. §. 2. Relegati et Deportari suot species *exulum*, qui tanquam *ex solo* pulsi dicuntur, cui Graecum *ἐξορίζω*, *extermino* sive *elimino*, quod Theoph usurpat, convenit. *l.* 4 *l.* 5. *de interd. et releg.* Aliquando tamen relegati exulibus opponuotur, *l.* 2. *d. publ. jud.* quod Ovid. *in Tristib. ad Aug.* servat, et ex professo ad uxerem, *lib.* 5. *eleg.* 12. qua mendacii arguit eos, qui relegatum sese exulem vocent. Tria potissimum intersunt; Deportati jura civium emittunt, relegati nil nisi solum se caelum patriae, *l.* 4. *de Interd. et releg.* Deportatis bona auferuntur, non relegatis, nisi qui in perpetuum, idque pro parte si specialiter expressum sit. *d. l.* 4. *inf.* et *l.* 14. *eod.* Accurate Ovid. *d. eleg. Caesar*, ait,

Nec vitam, nec opes, nec jus mihi Civis
ademit:
Nil nisi me Patriis jussit abire focis

Deportatio semper fit in perpetuum, Relegatio saepe ad tempus *l.* 18. *eod.* Festus ex Ælio Gallo tradit; *Relegatos dici proprie, quibus ignominiae aut paenae causa necesse est ab urbe Roma, aliove quo loco abesse, Lege, SCto, aut edicto magistratus*, quod et verba relegandi, exsulis et *ἐξορίζειν* indicaot. Postea obtinuit ut io certum quoque locum relegati dicerentur, *h.* §. 2. *l.* 4. *d. t. de interd. et rel.* Romae tameo olim in cives Romanos relegatio non exercebatur, sed io peregrinos taotum aut Latinos. Primus ex urbe civis Romanus est relegatus D. Laioia Eques praecipuus, teste Cicerone *lib.* 11. *ad fam.* 16. Vid. quae scrips. *ll.* 3. *Digress. c* 10.

3. (c) Amittitur etiam Patria potestas servitute, tam ea quae poeoa dicitur, §. 3. (2) * quam hostili. §. 5. *h. t.* Servitus poenae nihil est aliud, quam status servilis eorum qui capitis sunt damoati. *l.* 29. *de poen. l.* 6 §. 6. *de injust. rup. test.* Saepe eoim diu servantur damoati, ut quaestio in eos ex aliis habeatur, *d. l.* 29. *in f.* et quaedam species capitalium poenarum per se non transitorium, sed permanens supplicium, quod tractum temporis habet, continent, ut damnate in metallum, ad ludum gladiatorium, item venatorium. Nam hi gladiatoriis pugnis et cum bestiis exercebantur, ut populum oblectarent, et post triennium rudem sperare poterant, ioterim tamen servi erant. *l.* 8. §. 10 et 11. *de paen.* Alii ad gladium damnati vel bestiis subjecti statim consumebantur. Cujao. 13. *obs.* 10. Porro, qui ab hostibus belle justo sunt capti, cum servi hostium fiaot et civiliter moriantur, oecessarie et patria potestate excidunt. Sed quia ioter pepulos receptum est, ut qui

(b) *Pos.* 3 (c) *Pos.* 4.

(1) *De aqua et igni interdictione*, *confer* Hein. antiq. Rom. ad tit. inst. de cap. demin. §. x.
(2) *De servitute poenae vide* Ger. Noodt. probab. lib. III. Cap. 12.
* Jure hodierno cessat, ac Jure imprimis Saxonico Jus Civitatis quoque ac Familiae damnatis ad mortem salvum manet. *P.* 3. *C.* 6. ibique Carpz. *def.* 1. *Id. p.* 2. *dec.* 101. *n.* 23. conf. Lud. Mencken. *Disput. de testamenti factione damnatis ad mortem Jure Civili denegata, et moribus plerisque asserta th.* 25. *seqq.* v. Aut. *ad tit.* 16. §. 2.

ab hostibus duraote eodein bellu reversi sunt jura sua recuperent, quod jus *postliminii* vocatur, hino propter incertum eventum quamdiu captivi apud hostes vivunt jus eorum nominatim Patriae potestatis, *suspensum* dicitur, etsi revera *extinetum sit arg. l* 21. *ad L Jul. de adul.* Ideoque liberi interim nuptias contrahunt, res acquirunt, testamenta condunt, omniaque ut Patresfamiliarum agunt. Sed reversis in civitatem Patribus, jure *postliminii* non modo exinde in Patriam potestatem recidunt, sed habeotur quasi perpetuo in eam mansissent, et sio omnia retro existimantur: Nuptiae quasi Patris jussu contractae, et in ejus potestate proles, Testameotum irritum, Domioia rerum Patri quaesita *l pen. de suis et legit. her.* et perinde in caeteris, *ac si pater nunquam captus fuisset* Nam hoc ipsum et quod filius semper in potestate manserit, fingit jus *postliminii. l.* 5 *h.* et Theoph Quod si patrem apud hostes mori contingat, tum liberi, ut revera Patre capto sui juris sunt facti, ita coutinuant hoc jus, atque iode a primo captivitatis momento quod quaesiverunt et gesserunt valet, ipsisque cedit, adeo, ut quod unus filiorum (vid. Theoph. ; ex peculio profectitio ioterim lucratus est, id cum reliquis commuoicare noo teneatur, verum solus retinere possit, ut qui jam tum sui juris fuerit, non secus ao si Pater io puncto captivitatis adhuc liber et civis extinctus esset, quod Lex Cornelia tradit, ae fingit, *l.* 12. *D qui test. l.* 18. *de captiv. et postlim.*

4. (d) Secuodus modus quo solvitur Patris potestas, est *Dignitas* cui tamen veteres Romani hanc vim minime tribuerunt, cum Dionys. *lib.* 2. memoret, Patres saepe filiis summo magistratu praeditis et seditiose coucionantibus, spectante populo, manus injecisse et obtorto collo domum abduxisse; quod tamen reverentia magis quam jure expressum videtur. Nam in publicis causis filiusfamilias pro patrefamilias habetur, *l.* 9. *de his, qui sui vel. al jur. sunt* quod revera talis sit, sed quod Pater in Reipublicae functionibus filium minime habeat oboexium, quod et priscis Romanis ita servatum fuisse multa declarant. *Vid. l.* 13. §. *ult.* cum *l.* 14. *pr. ad Sct. Trebell.* Caeterum Justinianus solos Patricios Patrum potestati exemit, §. 4. *h. t l. ult. C. de Consul. lib.* 12. Patricii fuerunt Consiliarii Principis, quasi Patres aut Reip. aut ipsorum, ut hic textus ioquit, Principum. *item d. l. ult. C. de Conf. N.* 81. Uode Valentinianus *Nov sua.* 2. Aetium ducem celeberrimum, vocat pareotem suum carissimum; forte rerum quoque gestarum ac aetatis intuitu; quod nec hodie inusitatum Principibus. Postea, ut io neotericis inventionibus fieri amat, privilegium hoc Patriciatus ad alias dignitates productum est, omnesque eas quae ab oneribus curiae liberant, ut sunt Consulatus, Consularitas, magisterium militum, praefectura Praetorii, Urbis, Patrocinium Fisci, aliaque *l. f. C. de Decur. lib.* 10. denique Episcopatus. *N* 81. c. 3 Sed hodie in quaque Civitate dignitates quae ad summam Rempubl. spectant, hoc effectu gaudent; veluti apod nos Patribus subdoeuntur, ut putem, legati ad Comitia, Ordinum Deputati, Seoatores supremae Curiae, AErarii Praefecti, Legati ad Collegia *Ordinum Generalium* etc. similiter qui militares ordines uomine *Generalium* ducunt, nam hoc *ἀναλογία* magisterii militum prae se fert.

5. (e) Tertius quo Patria potestas tollitur modus, *Emancipatio*, est Actus Legitimus quo filiusf. voluotate Patris ex potestate ejus dimittitur. Estque vetus aut nova Vetus aut Legitima aut Anastasiana. §. 6. *h. t.* Illa per ritus quosdam solemnes secundum antiquam Legum observationem fieri. solebat. Nam propter jus illud ter vendeodi; de quo saepius dictum, nou videbatur filius plane sui juris fieri posse, quam ter venditus a Patre. Hujus rei imago in emancipatione fuit, ut de adoptione dictum. *tit. praec. n.* 1. Emptor eum quasi servum suum bis manumittebat, adhibitis solemoibus, in manumissione servorum usitatis, de quibus vid. Brisson. *l.* 1. *antiq. c.* 11. Tertia venditiooe (in filiabus una veoditio suffecit) Pater fiduciae pactum adjiciebat, ut emptor, qui inde Pater fiduciarius dicebatur, filium non maoumitteret, verum sibi remanciparet, ut sic tertium venditus ac quasi servus Patris factus, ab ipso manumitteretur, atque ita non emptor ille seu fiduciarius Pater, sed oatnralis, jura patronatus in emaucipatum tanquam libertum consequeretur, de quibus *hic in* §. 6. oempe, tutelam legitimam, successionem ab intestato, bonorum possessionem contra tabulas, aliaque de quibus infra suis locis. Ex his intelligitur, quid velit Rubrica *D. si a Parente quis manumissus*; quae sit imaginaria servilis causa in emancipatione, de qua *l.* 3. §. 1. *de cap. min.* et rhapismata, *in l. ult. C. de Emancip.* vid Cajum *tit* 6. §. 4. Ulp. *tit.* 10. (3) Theoph. *h. t.* Sed cum hae imaginariae ambages posteritati displicuissent, Anastasius Imp. constituit, ut exemplo adoptionis emancipatio fieret per Rescriptum principis, libello supplice a Parentibus oblato. *l pen. C. de*

(d) *Pos* 5. 6. (e) *Pos.* 7. 8. 9.

(3) *Quos explicat Schultingius in jurisprud. ante-justinianea ad text. citat.*

Emancip. Haec fuit vetus emencipatio. Sequitur Nova; nam Justinianus ne Prinoipem quidem adiri voluit; modo, ut Pater apud eum, qui Jurisdietioei praeest, praesente filio, declaret eum se potestate sua liberare et emancipatum facere, *l. ult C. d t. h.* §. 6. *ibique* Theoph. Ex quo liquet filium debere praesentem esse, et comceptam Patris deelarationem requiri, quod aeque ie adoptione obtinet, §. *seqq.* adeo ut etiam Justinianaea emanoipatio et hodierna adoptio sint actus legitimi *arg. l.* 123. *de. R J.* Quatenus autem aeta judieialia scripto constaet, etiam in adoptione et emaneipatione novissima scripturam intervenire oportet, non quod isti aetus literia perficiantur, sed quad acta utique scripta sint: ut quaestio, quam hino movent aliqui Interp. an scriptura ad illos actus requiratur, exigui sit momenti, *vid. d. l. pen. et d. l. ult* juncta *l.* 2. *C. de Emancip.*

6. (f) Haec autem aeque erga Nepotem quam filium obtinent; quia aequalis in utrumque potestas competit; adeo ut nihil vetet, eum, qui alium ae nepotes babet, nepotibus emaoeipatis, filium qui parens eorum est, ie saeris retinere; vel contra, filio dimisso, retinere nepotes ex en; quia eoim avo modum aut ordinem remittendi juris sui praesoribat? §. 7. *h t.* Nec consensus quidem filii, ie nepotis cmanoipatione, diversa est ratio. Scil. in constituendo eepote vertitur praejudieium Patris et juri ipsius detrahitur si invitus heredem habebit; in dimittendo eepote avus suum dumtaxat jus, nullue filii, qui nonduei babet patriam potestatem, remittit. Sed liberi post emaneipationem filio nati, cum paterfamilias jam sit, in ipsius potestate sunt; modo ex temporis ratione constet, coeceptioeem in utero uxoris post emanoipationem esse factam; aliter avo jus in ventrem quaesitum auferri nequit. *l.* 7. *l. pen de statu hom.* §. 9. *h. t.* Proinde qui post dies CLXXXII. a tempore emanoipationis prolem susnepit, habet eam in potestate, quia hoc tempus habetur legitimum quo partus edi possit ie lucem, *l.* 3. §. *ult. de suis et legit. her.* Hippocr. *de partu septim.* *οἱ μὲν ἑπτάμηνοι γίνονται ἐκ τοῦ ἑκατὸν ἡμερῶν καὶ ὀγδοήκοντα καὶ δύο καὶ προσόντος μορίου* *Septimestres partus fiunt ex diebus centum octog. et duobus, et parte diei sequentis* Quae verba indieant, tempus illud naturaliter esse computandum, siquidem dies 182. non faciunt sex menses integros, sed minus dimidia die. Denique adoptio per emancipationem olim etiam peragebatur, de quo *supra*, ut mirum noe sit, eam in §. 8. *h. t.* ieter modos solvendae patestatis recenseri, cujus causam esse modo audivimus. Neque enim potest esse modus acquirendae, respeetu Patris Adoptantis, nisi pariter modos amittendae sit, respectu naturalis; Liberatur Patris sui potestate filius, qui ab alio adoptatur, nec tamen fit sui juris, ut in emancipatione propria; nam traesit ie potestatem adoptantis, vel si is extraneus sit, nihil innovatur, secundum distinctioeem §. 2. *de adopt.* Per adrogatiouem patris naturalis, qui nullus eo casu est, eon tolli potestatem ipsa res loquitur.

(g) Praeter hos tres modos amittitur etiam Patria potestas in liberos prioris matrimonii, incestuosa patris bigamia *Nov.* 12. *c* 2. item expositione infantis. *l.* 12. *C de infant. expos.* Porro, lieet ipsa Emancipatio aetus sit voleataria Jurisdietioeis, qui ieter invitos eoe procedit, suot tamee casus, quibus Pater etiam invitus potestatem io liberos amittit. I. si pudicitiam eorum prostituat *l* 12. *C. de Epis. aud.* II. Si contra pietatem in eos saeviat. *l. f. si a par. quis man.* III. Si eum peeuniam acoperit ut emanoipet, tergiversetur *l.* 1. §. 3. *eod.* IV. Si quid relictum sibi sub conditione emancipandi agnoverit. *l.* 92. *de C. et D.* V. Si impubes adrogationem probet sibi damnosam esse. *l.* 32. *et seqq de adopt l* 3. § 6. *de minor.* Adeo autem voluntaria fuit alioquin adoptio, eti nec Pater ievitos liberos emancipare potuerit nec olim, Paul. 2. *sent* 25. *in fin. l. pen. C. de emancip.* nec hodie. *Nov.* 89. *c.* 11. *in pr.* Quanquam hujus regulae dari videntur exceptiones, siquidem in § 3. *Inst. de Adopt.* liberi adoptivi causa cognita digei emaecipatioee pronunciari possunt, adeoque justa ex causa posseet emancipari, quod etiam est *in l.* 132. *de V. Obl.* Jus etiam vendendi liberos, de quo saepius dietum, erat quidam modus emancipaedi invitos; denique satis constat, quod Pater olim e domo familiaque sua filium ejicere potuerit. Vide exemplum apud Val. Max. *l.* 5. *c.* 8. *n* 5. et Dionys. *l.* 2. Quibus iterum noe obstat *l.* 6. *C. de Patr pot.* quia solummodo vetat *ἀποκήρυξιν* Graecam, moremquo liberos abdicandi ordinarium per praeconem.

(h) Caeterum cum filius permitteete Patre familiam ipse condit, paternae familiae pars eique subjectus esse desinit Hiee moribus hodiernis optima ratione placuit matrimonio, * taeqnam novae ieitio familiae, jus patriae potestatis extiegui, quod et in separata oeconomia, eum Pater filium habitare solum et res suas edministrare

(f) *Pos.* 10. 11. (g) *Pos.* 13. 14. 15. (h) *Pos.* 16.

* Matrimonium filias tantum a patria potestate liberat, filiis, nisi propriae rei domesticae curam suscipiant, in eadem remanentibus. v. Thomas. *Schol. ad h. t.* §. s.

permittit, in Germania alibique receptum, Treutl. 1. *disp.* 6. *th. f.* quia et hoc casu filius ipse novam inchoat familiam, οἶκον, sive domum, ut Graeci. Caeterum, moribus hoc jus solis debetur, et perperam ex *l.* 1. *C. de Patr. pot.* Juri Civili attribuitur.

TIT. XIII.

DE TUTELIS.

I. Quis Paterfamilias. II. Tutelae definitio exposita. III. Divisio tutelae in genere, tam legitimae et dativae quam testamentariae. IV. De personis quae tutores dare possunt.

(a) Absolutum est primum membrum secundae personarum divisionis, de his qui sunt in aliena potestate: sequuntur personae quae sui juris et suae potestatis sunt; nam hi termini hac parte nihil differunt. *princ. de his, qui sui vel al jur. sunt. l.* 4. *D. eod.* Qui sunt sui juris, seu, quod idem, suae potestatis, dicuntur Patresfamiliarum. *d. l.* 4 *l.* 195. §. 2. *de V. S.* Ratio appellationis videtur, quia duae sunt partes familiae, una imperans, et quae subjecta est altera. Paterfamilias solus imperat Ergo qui non est subjectus imperio familiae, Paterfamilias habetur; proinde omnis homo liber non habens Patrem, quia non est subditus Imperio domestico, Paterfamilias est, etsi ἄπαις, imo impubes; nam et pupillum sui juris et patremfamilias esse, loquuntur *citatae ll.* 4. *et* 195. §. 2. Quin et Paterfamilias, servorum quoque respectu, quoniam imperat iis, vocatur. Sen. *epist.* 47. Paterfamilias et Dominus idem significant, *Pater enim familias appellatur, qui in domo dominium habet*, ait *d. l.* 195. §. 2. Vide Raevar. 4. *varior.* 12. Patresfamiliarum igitur sunt vel puberes, vel impuberes. Illi sunt vel perfectae aetatis, vel minores. Perfecta aetas est 25. annorum. *l ult. C. de his, qui ven. aet. impetr.* Minores in cura sunt, impuberes in tutela, et pupilli dicuntur. *l.* 239. *de V. S.* Ergo pupilli tutorem habentes sunt Patresfamiliarum et sui juris; nam jus et potestas in hac materia sunt unum idemque. *d. pr. et d. l.* 4. Et quanquam verbo latius accepto potestates sint multae, ac etiam tutoria potestas recte dicatur, in hac tamen divisione vox potestatis stricte accipitur et per excellentiam tantum de herili et Patria; quoniam hae certis et luculentis effectibus jure sunt praeditae, quibus aliae potestates carent, adeo ut qui harum neutri est subjectus, dicatur suae potestatis, dissentiente Merillo 3. *variant. ex Cujac. c.* 21. per *l.* 43 *de O et A. Obligari potest*, habetur ibi, *Paterfamilias suae potestatis pubes compos mentis.* Ex qua tamen nihil contrarii deducere possis. Caeterum exercitio potestatis suae, ob defectum rationis carere pupillos, res docet, et Apost. *c.* 4. *ad Gal.* ℣. 1. heredem pupillum οὐδὲν διαφέρειν δούλου, *nihil a servo differre.* Alio sensu Lactantius *l.* 4. *c* 3. *idem servus est, qui et filius*, inquit. Quod explica ex eo quod modo diximus.

2. (b) Definitur Tutela ex Servio; *Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per aetatem se ipsum defendere nequit, Jure civili data ac permissa.* §. 1. *h. t. l.* 1 *de tut.* Pro genere, *vis*, multi mallent *jus ac potestas*, ut vertunt Graeci Harmenop. et Theoph. *h. t.* δίκαιόν τι καὶ ἐξουσία, sed nihil opus emendatione, quoniam saepe voces hae in jure et alibi junguntur, *l.* 17. *de LL.* scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. adde §. 3. *Inst. de interd.* apud Tacitum 2. *hist.* 39. *et* 3. *hist. C.* 11. *vis ac potestas imperii.* Si quis putet vim ac potestatem ita discrepare, sicut Beza *not. ad cap. ult. Matth.* ℣. 18. δύναμιν καὶ ἐξουσίαν discrepare docet, tum dicere liceat, *potestatem* esse facultatem faciendi, in actu quasi primo, *vim* significare jus exercendi facultatem illam et ejusdem efficaciam. Verba *in capite Libero* argutantur Interpp. de pupillone, an tutore intelligenda sint; et quidem plerique de pupillo malunt, sed rationes, quibus utuntur, non multum interesse probant de utro accipiantur. Verbum enim *tutela* perinde ad eum cui vis ac potestas, quam ad eum in quem competit, aeque ad tutorem, quam ad pupillum pertinet. Nimirum, uterque tam tutor quam pupillus debet esse liber ut tutela effectum habeat; nam cum servus dicitur tutor dari §. 1. *qui test. tut.* additur, eum confestim liberum fieri, quod fit etiam, cum servo tutor datur, *l.* 9. *l.* 13. *de tut. dat. ab his* Verum tamen est, quod Veteres verba *caput liberum*, de eo qui subest potius, quam qui regit, usurpent, Ulp. *d tit.* 11. §. 5. et Gellius *d. c.* 19 *l.* 5. pupillum diserte *caput*

(a) *Pos.* 1. 2. 3. (b) *Pos.* 4. 5. 6. 7.

liberum fidei tutoris commissum vocat; et est antiqua locutio, io co, in capite, pro in eum, in caput Gell *d.* c 19 *Uti vitae. necisque in eo potestas sit, uti Patri endo filio est*, et L XII. Tab. *Agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Quin, quod inso tentius, in hostium potestate perveniret, habet *l.* 12. *qui test fac* redire io potestate *l.* 4 § 12. *et* 21. *de Usuc.* Voce *tuendi* non simplex defensio cootinetur, sed officium prospicieodi pupillo de omnibus ad vitam necessariis, ut *in l. pen pr. de in rem vers.* ubi tueri, alere et exhibere se, pro iisdem usurpantur. Sueton. in *Jul. c* 86., cum tenuiorum tutelam locupletiores in se contulissent; ubi tutela pro exhibitione omnium quae ad vitam requiruntur. *Eum*, in genere masculo, quia respicit ad particulam sequentem *qui*, non ad praecedentia *caput liberum*. Verba *per aetatem*, significant, tutelam perpetuam, in qua propter sexum erant mulieres, proprie voce tutelae non fuisse usitatam, ne olim quidem aetate Servii, et improprie talem fuisse, quod tantum auctoritate tutorum mulieres indigerent, administratione, quae praecipua pars est, ipsae fungerentur. * Ulp. *tit* 11. *pr.* Boet. *in Top* ut tamen ipsa auctoritas ad administrationem quoque pertineret, teste Cicerone *pro Caecin* ubi; *Ipse nunquam auderet judicare, deberi viro dotem, quam mulier nullo auctore dixisset.* Verba ultima volunt, tutelam esse Juris civilis, sed mixti, nam fundamentum et originem ex Jure Naturae ac Gentium habet. §. *pen. infr. de Attil. tut.* Sed Verbum *data* ad Legitimam, *permissa* ad testamentariam atque dativam tutelam pertinet: quanquam primo auditu verbum *data* potius ad dativam referendum videbatur. Sed ratio est, quia legitimam Jus sive lex dat immediate, reliquas proxime dat Testator vel magistratus, Lege permittente, sed et modum praescribente

3. (c) Igitur species tutelae tres sunt; Testamentaria, Legitima, Dativa, quae honoraria e Magistratibus vocatur. Prima omoium Testamentaria a parentibus datur, cujus aliqua dum spes superest, reliquae excluduntur, *l.* 11. *in fin. pr de testam tut* Definitur in §. 3. *h. t.* cum Parentes liberis impuberibus, quos habent in potestate, dant tutores testamento, *vel codicillis testamento confirmatis*, quod addendum ex *l.* 1. §. 1. *de confirm. tut* Fundamentale igitur requisitum Testamentariae tutelae est hoc, ut liberi sint in potestate Parentum. Unde sequitur matrem, cujus nulla civilis potestas est, non posse tutorem liberis suis jure quidem dare; quanquam, si dederit eum, decreto magistratus confirmatur, *l.* 4. *de confir. tut* quod semper defectum juris arguit, *l.* 1. *de confir. tut.* Porro, tutor e matre datus non aliter confirmatur, quam si et mater liberos heredes instituerit, *l* 4 *de test. tut* cui ne obstet *l* 4. *C. de test tut.* alterum ibi *non* delendum Cujacius monet, (1) adeo ut nihil matri indulgeatur prae quovis extraneo, cui tantundem licet, d. *l.* 4. *de confirm tut.* Pater vero quamvis emancipato filio tutorem jure non det, datus tamen confirmatur simpliciter, etsi filius heres non sit, *l.* 3 *de Confirm tut.* §. *ult. h. t.* nisi evidens pupilli utilitas aliud postulet, *l.* 10 *eod tit.* Quod si filiusfamilias a patre sit exheredatus, huic tamen absolute, ut nec confirmatione opus sit, tutor dari potest, *d l* 4. *de test tut.* Causam dandi tutoris, quae est patria potestas, exheredatio non solvit, exemplo substitutionis pupillaris. *in* §. 4 *Inst. de pup. subst.* Cui opponitur *l.* 73. § 1. *de R. J. l.* 53. *de V. S l.* 26. §. *f. de Test. tut.* ad quas responsa damus *in parte* 2. *tit. ff. de Test. tut.* Sed alius heic scrupulus sedet, quomodo a Verbis XII. Tabb. *Paterfamilias uti super pecunia tutelave rei suae legassit, ita jus esto*, quemadmodum citantur ab Ulpiano *tit.* 11. §. 14. et *aliis*, tutela deduci queat, solis patribus jure patriae potestatis conveniens. Egimus hac de re in *lib* 3. *Digress.*

(c) *Pos.* 8. 9. *et seqq.*

(1) *Imo nihil delendum, uti ingeniose observat ampliss. van Bynkershoeck observ.* lib. 2. cap. 17.

* Per legem Claudiam scilicet, de qua vid. Gravinam *de Origine Juris p.* 65. Brunem *ad l.* 3. *C. de legit. tutor.* Jac. Gothofr. *ad l.* 2. *C. de tutor. creand.* Schilter. *Ex.* 37. *th.* 222. *seqq.* add. Everard. Otto *de perpet. femin. tutel.* §. 3. *seq.* Jure Saxonico haec mulierum cura perpetua etiamnum obtinet, non communi tantum, vid. *L. R. l.* 1 *art.* 31. *et* 45. sed etiam electorali, *P.* 2. *Ci El.* 15. *Dec*; *El.* 24. *O. P. S. T.* 8. v. Disp. Jacobi *de Curatore Mulieris Saxonico*, *Lips. an.* 688. *hab.* Ita nimirum ut sive solutae, sive matrimonii nexu vinctae sint, sine curatore praejudicialem actum minime suscipere valeant, cui doctrinae temperamentum dat *L. R. l.* 1. *a.* 45. quo extra Electoratum virginibus ac viduis, non adhibito curatore, libere contrahere permittitur. Coler. *Decis.* 67. *n.* 41. Distinctius hoc exsequitur *Mandatum*, *novissimum ad declarationem P.* 2. *C. El.* 15. *a Rege nostro potentissimo d.* 18. *Nov.* 1722. *emissum*, vigore cujus feminis solutis, majorennibus tamen, extra casum donationis et mercaturae, mobilium, non autem Geradae alienatio, neglecto curatoris assensu permittitur; Uxorum vero cambia, chirographa, omnesque actiones citra mariti aut curatoris alius consensum susceptae, ipso jure annullantur, ut nulla post mariti obitum adversus viduam, nisi novatio accesserit, detur exactio. conf. Menck. *Tract. Synop. Proc. ad Tit.* 52. *pag.* 916.

cap. 3. cujus summa est, Jurisconsultos ex iis verbis collegisse duplicem tutelam, unam in rem, alteram in personam pupilli. In rem, quae datur a quolibet testatore pupillum beredem faciente. *l.* 4 *de testam tut.* In personam, quae jure patriae potestatis competit, *l.* 1. *eod. tit.* nam reliqui testatores in personam pupilli nullum jus statuere poterant, io quam ipsi nihil juris habebant: tutela vero datur in personas, §. 4. *t. h* Hanc igitur patriae potestati convenientem simpliciter appellarunt testamentariam, idque est, quod in *l.* 120. *de V. S.* scriptum est, verba legis XII. tab. latissima cum essent, auotoritate jura eonstituentium esse coangustata. Latiorem tamen seosum hactenus conservarunt, ut cuique patrifamilias teatatori jus darent pupillis heredibus suis dandi tutorem in pecuniam a se relictam. Prior species proprie testamentaria, posterior improprie talis dicenda videtur. Proprie, inquam, dicta est ea quam modo definivimua. Impropria, cum pater filio emancipato, vel mater aut quilibet extraneus, pupillo heredi a se instituto dat tutorem in testamento, ad res illas hereditarias. *l* 4 *de confirm. tut.* *l.* 4. *de testam. tut.* E definitionibus et dictis reliquis collige triplicem harum specierum differentiam: I. Tutelae testamentariae proprie dictae, fundamentum est patria potestas; in impropria, testator non habet in potestate pupillum. II. Proprie testamentaria decerni potest in liberos etiam exheredatos, modo in potestate sint, *ut diximus.* Impropria non valet, oisi per consequentiam heredis institutioois *d. l.* 4. III. Tutores praprie dati testamento, immediate a testatore proficiscuntur, nec ulla confirmatione magistratus indigent: *l. 7. de testam. Tut.* Verum improprie dati a Magistratu confirmandi sunt, et vi confirmationis illius valent. *l.* 1. *et* 5. *de confirm. tut.* Accedit haec differentia; Tutores proprie teatamentarii, in personam dati intelliguntur: §. 4. *Inst. Qui testam. tut.* Dati improprie testamento, *in rem dati* videntur. *d. l. 4. de test. Tut.*

4. Porro; quia sub liberis oepotes continentur *l.* 220 *de V. S.* sequitur, avum etiam paternum nepotibus, quos in potestate babet, reete tutorem dare; modo post mortem ejus termini habiles tutelae sint futuri; qui deerunt, si nepotes avo defuneto in potestatem Patris sint recasuri. *quia patriae potestati et tutelae nemo simul potest subesse.* Suot haec duo ἀσύστατα, *supr de his qui sui vel al jur. et princ. de tut.* Non recidunt autem liberi morte avi in patris potestatem, quando pater ante avum mortuus, vel emancipatus est; quod etsi tempore testamenti facti nondum evenerit, si tamen ante martem avi contingat, tutoris datia prius vitioaa convalescit. *l* 10 §. 2. *de test. tut.* His etiam, qui mortuo Patre sperantur nascituri, id eat posthumis, tutor dari poteat, modo in tali statu naseantur, ut patri, si viveret, sui heredes forent. Nec est quod quis miretur, tutelam posthumis applicari, nondum peraonis, neque pupillis, *l.* 161 *de V. S.* sed qui mulieris et viscerum portio sunt, *l.* 1. §. 1. *de ventr. insp.* oec hominea recte dicuntur, *l.* 9. §. 1. *ad L. Falc.* quin sciat, posthumos hic non ut ventres conaiderari, quibus curator, non tutor datur, *tit. de ventre in posses. mitt. et curatore ejus,* aed ut jam natos, adeo ut abartu non minus tutela quam ipsi pereaot: acriptumque est generaliter, posthumos pro jam natis haberi quoties de ipsarum commodis agitur. *l. 7. l. pen. de stat. hom.* Sed parentum eommodis non prosunt, nisi jam nati: *l.* 2. §. 6. *de excus. tut.* Neque tameo legatum filiabus relictum, posthumis etiam debetur, *l.* 15. §. *fin. l.* 17. *pr. de leg.* 1. (2) quia legata sunt benevolentiae *singularis* testimooia, qua testator ei, qui noo esset, obstringi non potuit.

Scholium.

Hanc rationem quamvis non improbem, videtur tamen ea ulteriori declaratione indigere, ne quis objiciat; etiam tutoris dationem esse testimonium benevolentiae paternae. Dicerem ego, in Tutoris datione praesumptionem esse pro posthumis, quia hic aequalis causa benevolentiae, quae patrem ad tutorem dandum movet, adest, nec per extensionem ad posthumos aliquid natis decedit, sed saltem tutor magis oneratur. Unde sine dubio, si patrem quis tempore facti testamenti interrogasset, an sub voce liberorum etiam posthumos voluerit intelligere, Pater annuisset. At legatorum causa est benevolentia aliqua singularis, et praeterea si legatum ad posthumos extenderetur, vel heres, vel collegatarii damnum aliquod majus sentirent. Breviter, ibi materia est favorabilis, hic odiosa. Ergo ibi vox liberorum extendenda, hic restringenda.

(2) *Verius puto legatum filiabus relictum etiam posthumis deberi, tum quod credibile sit testatorem illud reliquisse ut consuleret posteritati et familiae suae, tum quod ipse Ulpianus in* l. 164. ff. de V. S. *et in* l. 5. ff. de test. tut. *expresse doceat, nomen filiarum et in posthumas cadere. Nec contrarium evincitur ex* l. 15. §. fin. l. 17. pr. de leg. 1. *ab Auctore adductis, licet enim argumentum a contrario soleat in jure esse fortissimum, tamen quandoque fallit, tunc maxime quando aliae LL. in contrarium argeat, uti argere videatur* l. 164. de V. S. l. 5. de test. tut. *quae ambae sunt ex Ulpiani libro* 15. *ad Sabinum, ex quo etiam desumpta est* l. 17. de leg. 1. *Confer Stockmans Decis. Brabant* 26.

RESPONSIO.

Minus commode legati adversus liberos causa, sive jam natos, sive posthumos, odiosa *vocatur Pro instituto brevitatis nostrae, sufficit addita vox* singularis *benevolentiae, in legatis, cum Tutela curam Patris habeat communem et promiscuam omnibus liberis, etiam nascituris.*

N. ADDIT.

Ergo revera Scholion nostrum non taxatur, sed secundum istius ductum textus praelectionum, etsi id uno verbo fiat, emendatur. Quod autem additur, minus commode legati adversus liberos causam, sive jam natos, sive posthumos, odiosam vocari, uti videtur id significare, quod id legatum non sit odiosum dicendum intuitu liberorum, ita aperte non ferit ea, quae in Scholio dicta sunt, quod sit odiosum intuitu heredis aut collegatariorum, qui videlicet legato gravati erant. Interim hoc non obstante, jam illa, quae de favorabilibus et odiosis in Scholio dicta sunt, malo omitti Dum enim istud Scholium scriberem, nondum agnoveram, totam doctrinam de favorabilibus et odiosis parum facere ad interpretationem legum, et regulam illam, favorabilia esse extendenda, odiosa restringenda, et falsam et inutilem esse, ut latius fuit deductum in Instit. Jurisprud. div. lib 2. cap. 12 §. 159. seq. et in disputatione ulteriori ea de quaestione; quae d. l. 2. subjuncta est p. 372. seqq.

TIT. XIV.

QUI TESTAM. TUTORES DARI POSS.

I. Filiumfamilias recte tutorem dari, quin etiam servum aliquo modo II. Furiosi et minores quo sensu Tutores dari possint. III. Tres regulae fundamentales tutelae testamentariae. IV. Liberorum et filiorum discrepans appellatio.

(a) Rubrica XIV. est *de his, qui testamento Tutores dari possunt*, quod facillime ex opposito, id est, qui prohibentur, vel de quibus dubitari possit, intelligitur, ut sunt filiifamilias, servi, minores annis 25. furiosi. Nam licet absurdum videatur, ut tutoria potestas detur ei qui non est suae potestatis, *arg l.* 21. *ad L. Jul. de adult.* tamen, quia tutela est ex publicis muneribus, in quibus ad Patriam potestatem non attenditur, nulla ratio filiosfam. arcet. *pr. h. t. l.* 9. *de his, qui sui vel al. jur.* Et *d. l.* 21. non nisi de potestate stricte sumpta, scil. patria et herili loquitur. Proinde et a magistratu filiusfamilias recte datur tutor, *l.* 7. *de tutel.* et quo minus a Lege vocetur ut sanguine proximus, nulla quidem ratio juris probibet, sed ordo propinquitatis obstat, quo minus proximum gradum attingere possit; quia necessario pater eum in computatione praecedit, nisi hic mente captus sit, quem ordo Legis praetervehatur. Quin et servus potest tutor esse, non qua talis, sed ut libertatem expectans. Proinde qui proprium servum tutorem destinat, hoc agere debet, ut liberum faciat; alienus vero, quem liberare nequit, sic dandus est, *si liber erit*. §. 1. *h. t.* (1) Si proprium testator non dixerit expresse liberum, ipsa tutoris datio libertatem ei, ut necessarium consequens, (cum nemo particeps juris civilis, quo tutela pertinet, esse possit, nisi liber) ex praesumpta voluntate tribuit, et quidem directam, ait *hic Imperator*. Sed quia in *l.* 9. *C. de fideic. libert.* fideicommissaria libertas ei adscribitur, multi censent in hoc § jus novum tradi, quo spectant verba *l. pen. C. de nec. serv. her.* ubi, *nostro jure hoc esse inductum*, quasi nostrum jus sit Justiniani constitutio. Sed adversatur mos Imperatoris novitates a se repertas diserte sibi, nec raro cum Φαντασία ˜ρμάτων adscribentis, hoc autem §. ut res nota, libertas directa simpliciter memoratur. Imo non esse hoc novum, arguit *l.* 32. §. *ult. de test. tut.* quae servum tutorem datum mox ab adita hereditate liberum fore tradit, quam directam esse libertatem oportet, cum in fideicommisso manus heredis expectanda foret. *Nostrum* igitur *jus* in *d. l. pen.* erit jus civile; atque ita nihil superest, quam ut *d. l.* 9. de tutore codicillis aut verbis precativis dato, accipiatur.

(a) *Pos.* 1. 2.

(1) *Quae conditio* si liber erit, *licet non fuerit expressa, subintelligenda tamen est, ut, sive expressa fuerit, sive non, huic servo fideicommissaria libertas defendatur.* l. 10. §. 4. ff. de testam. tut. si, *ut Ulpianus illic ait, voluntas apertissime non refragetur. Quae refragabitur dum testator hunc servum credidit esse liberum.* Arg. §. 1. v. plane si inst. h. t.

2 b Sed quodmirum videatur, etiam furiosi tutores dantur, §. 2. *h. t.* non qua tales, nec quia liquida furoris habent intervalla, quod putat Mynsing. *hic*; sed quod sperentur brevi *ἀναπνεῦσαι ad sanam mentem redituri*, ut Theoph. contra quam mente captus, qui perpetuo defectu rationis laborat. Idem est in minore anni 25. Etsi enim is per aetatem suis impar negotiis curatori ipse subest, tamen si parum absit a perfecta aetate, et testamento et lege tutor aliis dari potest; sed administratio utriusque differtur, donec minor aetatem impleverit, et furiosus valide sapiat. *l.* 10. §. 7. *de excus tut.* Interim carent omni tutelae effectu, alio a magistratu administratore creato, *d. l.* 10. § 7. ideoque neo esse tutores, sed fore dicuntur, *h.* § 2. *l* 10. §. *pen. de test. tut. l.* 4 *et l.* 8. *de legit. tut.* etsi revera munus tutelae in ipsis sit stabilitum et sint vari tutores, tam testamento quam lege datii alioqui magistratus non juberetur alium substituere, ut vult *d. l* 10. §. 7. sed Lex ipsa transiret ad agnatum perfectae aetatis, *arg. l.* 3. §. *pen. de legit. tut.* An autem substitutus ille tutor vel curator sit, videbimus: et *alio loco*, quid jure novo hac parte sit mutatum.

3. c Hacteuus secundum Rubricam, qui tutores dari possint. Sequuntur aliae quaedam regulae, et quidem tres; duae in §. 3. Prima est, quod *Tutelu aeque conditionis et temporis adjectionem, ac alia in testamento scripta, recipiat.* Ratio dubitandi erat, quia tutoris datio inter actus legitimos refertur, qui diem et conditionem non recipiunt. *l.* 77. *de R. J.* At hoc de tutela dativa, quae solemniter apud Magistratum fit, intelligendum, non de testamentaria, quae hic agitur, neque de ipsa legitima. Est et moralis ratio, quae prohibet magistratum aliter quam pure tutorem dare, quia cum Pater tutelam suspendit in certum tempus, vel casum incertum, interea potest alius facile a magistratu dari, §. 1. *infr. de Attil. tut.* at si ipse magistratus defectum committeret, nemo foret a quo suppleretur. In legitimis tutelis desunt termini habiles huic regulae; nam lex, quae simplex et generalis est, conditionem vel diem adjicere non potest. Secunda regula est, *posse tutorem non modu post, sed et ante heredis institutionem dari.* Quod monitu dignum est visum, quia cum heredis institutio sit habasis ac fundamentum testamenti, veteres putabant, hoc caput debere primum esse, cui reliqua superstruerentur, §. 34. *Inst. de Legat.* Sed Justiniano generaliter hic anxius verborum ordo displicuit, imo et ab antiquis vituperatum fuisse, testatur *d* §. 34. et sane tutoris datione, utilitatem pupilli jam olim contra hunc scrupulum praevaluisse, ex hoc loco apparet; loquitur enim ut de re nota minimeque nova Imperator. Tertia regula in §. 4. *Ce^tae rei vel causae tutor dari non potest*; (2) ratio redditur, *quia personae, non causae, vel rei*, tutor datur. Nimirum personae principaliter, ut dictum *supra*, rebus per consequentiam; et cum a persona pupilli totum pendeat patrimonium, sequitur universo quoque patrimonio tutorem datum censeri, *l.* 12. *et seqq. de testam. tut.* Caeterum, est exceptio ab hac regula in hereditate adeunda, ad quam, pupillo tutore destituto, curator dari nequit, sed est tutor necessario dandus *l.* 17. §. 1. *de Appoll. l.* 13. *de tut. et cur. dat.* Ratio quia hereditatis aditio ex iis est, quae solemnitatem juris desiderant, cum et actus Legitimus sit, *l.* 77. *de R. J* ad talia autem explicanda, tutore auctore opus est. *l.* 19. *de auctor tut.* Aliam sunt qui exceptionem proferunt ex *l.* 15. *de testam. tut.* quae tamen remissa magis interpretatio, quam exceptio regulae videtur: Diffuso per diversas provincias pupilli patrimonio, tutor rei Syriacae, alius Africanae utiliter datur, *et hoc jure utimur*, ait JCtus: indicans, benigne, non ex stricta juris ratione, id esse receptum, et sic intelligi, tutores quidem ipsi pupillo datos, sed administrationem inter eos divisam esse, quod fieri solere, *titulus Cod. de divid. tut.* ostendit.

S c h o l i u m.

His adde quintam regulam ex fine tit. praeced et sextam ex l. 11. *de Testam. tut. Quotiescunque semel obtinuit Tutela testamentaria, vel quoties spes adest, eam obtinere posse, toties alius dandus est a magistratu, excluso legitimo.*

R e s p o n s i o.

Hoc agebatur, ut regulae a Justiniano collocatae in hoc tit. educerentur, non ut quaecunque sunt, huc aliunde accumularentur.

N. A d d i t.

Indulgendum aliquid Autori aliquando, ut habeat, quod Scholio opponat, etiam e longinquo petenti. Nam responsioni huic alias facile regeri potuisset, in explicatione

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4. 5.

(2) *Consule de hac regula Clariss. D. Noodt Probab.* lib. 1. cap. 2. n. 6. *qui putat consuetudine Populi Romani ab hac regula fuisse recessum, quod colligit ex* l. 27. ff. de tut. dat. ab his. Et ex L. L. 12. et seqq. de test. tut.

Institutionum non vitio verti commentatori, si ea, quae Justinianus omisit, et tamen multum ad rem faciunt, suppleat. Alias enim ipse Autor subinde hic foret taxandus vide v. g. ejus positiones ad tit. de excus. tut. *item* ad tit. quibus alienare licet vel non. *Istam vero regulam, quam in Scholio addidi, multum ad intelligendum hunc titulum facere, latius ostendi* in notis ad Strauchium V. 10. p. 43. seq. *ubi* d. l. 11. de test. tut. *ex fontibus bonae interpretationis aliter explico, quam communiter fit.* Adeoque totum locum huc appono: *Quaestioni, an mortuo tutore in testamento dato locus sit legitimae tutelae, an dativae, similis est quaestio de tutore ad certum tempus vel conditionem dato, an ei succedere debeat legitimus an dativus? Res omnis sita est in recta explicatione* d. l. 11. de testam tut. *in ejus quippe* princ. *regulae loco ponitur.* Legitimum tutorem cessare, quamdiu testamentaria tutela speratur. *Ergo forte concludere licebit a contrario, si tutela testamentaria non amplius speratur, admittetur tutor legitimus. Jam quid si tutor, ad quem semel testamentaria tutela devoluta est, postea se ab eadem excuset, aut removeatur? Videtur legitimus tutor succedere, quia scil. post excusationem, aut remotionem, tutela testamentaria non amplius speratur, sed in totum desiït. Verum respondet JCtus* d. l. 11. §. 1. et 2. *argumento hoc non obstante, dari debere tutorem a Magistratu. Sed quae ratio? Duplex se hic via aperit, a cujus recta dijudicatione propositarum quoque quaestionum decisio dependet,* (1) *Si dicamus, in verbis* d. §. 1. si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela etc. *assertionis istius rationem consistere per novam regulam, cujus sensus sit:* Quotiescunque tutela jam semel ad testamentarium devoluta fuerit, toties, si postea ex quacumque causa deponat tutelam, dativum tutorem debere succedere, *atque ad hanc regulam declarandam JCtum afferre tantum exempli loco tutorem se excusantem, aut remotum, praeter eos vero etiam tutorem ad certum tempus, vel conditionem datum, tum quoque tutorem post testatorem mortuum, ad istam spectare regulam. Et itaque secundum hanc explicationem tutoribus hujusmodi, quia jam ad hos semel tutela devoluta est, non legitimus tutor succedet, sed dativus,* arg. l. 11. §. 1. *jun.* §. 2. Inst. de leg. agn. tut. *Nec obstabit huic explicationi, quod tutorem defuncto testatore mortuum,* §. 3. jusdem l. 11. *Et si enim in eo verbis generalibus dicatur: tutore testamentario mortuo, ad legitimum tutelam redire; verba tamen generalia restringenda erunt ex* d. §. 2. Inst. *ad eum casum, si vivo testatore decesserit, quia scil. tutela testamentaria tunc ad tutorem istum nondum est devoluta per* d. l. 11. §. 1 *Longe aliter res procedet, si hac explicatione* §. 1. *rejecta, pergamus ad alteram. Poterunt quippe* (2) *verba* d. §. 1. et si semel etc. *ita exponi, ut non ratio decisionis in eis sita sit, nec regulam novam faciant, sed tantum ad casum ibi propositum spectent, ut sensus sit, tutore testamentario, qui semel tutelam suscepit, remoto, aut se excusante, dativum succedere non ideo, quia semel locum habuit testamentaria, sed ex alia ratione, quia scil. specialissime isti casus per SCtum quoddam a regula generali in* pr. l. 11. *contenta, erant exemti. Cui explicationi favent verba* §. 3. d. l. 11. quia hic SCtum cessat *jun.* l. 17. ff. de tut. *quo pacto* §. 1. et 2. *tanquam de casibus specialibus et de exceptione loquentes, ad alios non erunt extendendi, et ita tutori ad certum tempus aut conditionem dato, item illi, qui post susceptam tutelam moritur, succedet non dativus, sed legitimus, quia in his regula* d. pr. l. 11. *locum habet, quod scil in his casibus non amplius speretur tutela testamentaria. Jam quid in hac sententiarum diversitate dicemus? Si, uti in aliis ultimarum voluntatum quaestionibus, ex voluntate testatoris res definienda foret, (in quam sententiam inclinat* Loc. quaest. jus. 49 et 50.) *dici posset, casus istos, quibus tutela semel suscepta a tutore testamentario ante pubertatem pupilli deponitur, discernendos esse; Aut enim de eo casu testator in testamento probabiliter cogitavit, aut non cogitavit. Si de eo cogitaverit ipse, ut si ad certum tempus, vel conditionem dedit, praesumptio etiam est quod tutores legitimos tantum ad illud tempus aut conditionem a tutela voluerit excludere; ergo finito tempore aut praesente conditione, tutori testamentario succedere debebunt legitimi; si vero casus a testatore praevideri non poterat; ut si tutor post susceptam tutelam se excuset, aut removeatur aut etiam moriatur, tum, quia absolute testator legitimos voluit excludere, in residuum tempus tutores a Magistratu dari debere videatur.* d. §. 1. et 2. *Alia vero ratio tunc esset ejus tutoris, qui vivo testatore defunctus est. Nam tum testator, si novum non dederit, videtur a voluntate priori recessisse, quapropter merito legitimus tunc succederet.* §. 3. l. 11. *Verum quod in praesenti materia leges non ad solam voluntatem testatorum respexerint, indicio est* pr. d. l. 11. *ubi tutore ex certo tempore vel conditione dato,*

interim non legitimus tutelam administrat, sed dativus, cum tamen testater legitimum ex isto tempore, vel conditione adscripta solum videatur a tutela remevere veluisse. Item quid si tutor testamente datus, antequam suscipiat tutelam, se excuset? Et hic ex ratione allata, queniam defunctus casum hunc praevidere nan peterat, et abselute legitimum excluserat, dativo tutela deferri debebat, cum tamen haec definitio legibus civilibus parum sit congrua, tum prapter verba, si semel eto. d. §. 1. l. 11. d. t. *tum propter* §. 2. de legit. agn. tut *jun.* pr. Inst. de hered quae ab intest. *verb.* ex ee nemo heres extiterit. *Quapropter ut dicam, quid sentiam, primam explicatianem* d. l. 11. *et dispositioni juris civilis, et ejus rationi, optime convenire arbitrer, idque breviter ita demonstre. Legitima tutela lacum habet tum demum, si quantum ad tutelam pertinet, defunctus intestatus decesserit*, d. §. 1. de legit. agn. tut. *Nota vere est in materia intestati regula: neminem pro parte ex testamente, pro parte ab intestate posse succedere. Hanc regulam et in materia praesenti obtiuere puto, et rationem esse totius* l. 11. de test. tut. *Inde ergo est, quad in* pr. d. l. 11. *tutore sub conditione, vel ex certo tempore date, quia speratur effectus testamenti, legitimi tutores, tanquam ab intestate venientes, nen admittantur, sed interim a Magistratu, qui loco defuncti ipsius voluntatem supplet, alius detur. Inde perro est qued si semel tutela testnmentaria lecum habuerit, nec ea deficiente admittantur legitimi, sive removeatur tuter, sive se excuset*, §. 1. et 2. d. l. 11. *sive etiam pest testatorem meriatur*, arg. §. 2. Inst. de leg. agn. tut. *mode et tunc tutela ad ipsum jam semel devoluta sit*, arg. §. 1. d. l. 11. (*dissentit Locam.* quaest. Just 50.) *sive denique ad certum tempus aut conditienem, tuter testamentarius tutelam administraverit*, (*dissentit iterum Locam.* q. 49.) *eb rationis identitatem, ad quam procul dubio respexerunt SCta, tutore post susceptam tutelam se excusante aut remote, agnates removentia, quae ratio cum non adsit in eo tutere, qui vivo testatore decessit*, d §. 2. Iostit. de legit. agn. tut. *perspicuum jam est, cur SCtus* §. 3. l. 11. *dicat ad legitimam tutelam redire; quia hic SCtum cesset. Ex hac ratione definiri poterit et illa quaestio: quid si tutor testamentarius deportetur? Legitimum ad tutelam admitti, asserit Ludw.* exerc. 3. th. 9. lit. a. *negat Brunnem.* exerc. 3. ad §. 2. Inst. de leg. ago. tut. p. 23. *Paulus Veet.* ad d. §. 2. p. m. 283. *Ego similiter; si vivo testatore, vel ante susceptam tutelam deportetur, puto legitimum esse audiendum, quia res devenit ad causam intestati; si vero, suscepta tutela, civis esse desinat, aut etiam ante susceptam tutelam unus testamentatus decedat, viventibus tamen aliis simul in testamento datis, a Magistratu, ob allatum ratianem, alius dari debebit, et ita intelligo* d. l. 11. §. ult. *Non ignota equidem mihi est distinctio Bachovii* ad d. §. 2. Inst. de leg. agn tut. *quem etiam sequitur Paulus Voet* l. c. *qui, ut* §. 3. d. l. 11. *cum* §. 1. et 2 ibid. *concilient, discrimen esse ajunt: an testamentaria tutela semel suscepta finiatur quasi ex natura sua, v. g. merte tuteris, ubi succedat legitimus, an vero finiatur interveniente facta Magistratus, tum nen legitimae, sed dativae locum esse, v. gr. si tutor remotus sit, aut se excusaverit. Verum ut taceam, hanc distinctionem nulla ratiane niti, et Bachevium ipsum ad commune ignorantiae asylum, legem scil.* noo omnium ff. de LL. *confugere, dum* d. l. *concedit*, non solidam et certam rationem io hujusmedi casibus semper dari posse, cum nec ipse JCtus ad rationem, sed ad SCtum provocet; *illud insuper inconveniens exinde video emergere, qued in applicatione distinctionis illius ad casum de tutare depertate, haereat aqua Bachevio, cui quidem Voet* d. l. *tutorem dativum, non legitimum succedere ait, quia nempe et hic tutela non natura sua, sed accidente Magistratus facto finiatur; Bachevius vero, cum hanc applicationem* d. l. 11. §. ult. *non adeo bene canvenire sentiat, contrariam opinienem, et legitime quoque in hoc casu tutelam deferendam esse, amplectitur. Quibus dubiis omnibus haud est opus, si ex nestra hypothesi* §. 3. d. l. 11. *restringas secundum ductum* §. 2. de leg. agn. tut. *ad tutorem, vivo testatore mortuum. Neque enim hoc praesupposito SCtum, cujus fit mentio in* l. 11. *ratione sua (praesumendum quippe est, tamdiu leges ratione niti, donec contrarium ostendatur) destituetur; neque in applicatione hypotheseos nostrae ad casum de tutore deportato, ubi supra ostensum, ulla difficultas oritur. Nihil ergo superest, quam ut respondeatur* ad d. l. 6. ff. de legit. tut. *ex qua cum aliis Bachov.* d. l. *evincere vult*, §. 3. l. 11. *etiam de casu, si tutor testamento datus post semel susceptam tutelam moriatur, intelligendum esse. Sed si accurate* d. l. *inspiciamus, id quidem exinde demonstrari nequit. Praemittit enim et Paulus ibidem regulam*: Intestato Pareute mortuo agnatis deferri tutelam *Postea vero ostendit, quando dicatur pater esse intestato mortuus, et addit:*

Idem dicimus (*scilicet patrem intestato mortuum esse*,) si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesserit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur. *Jam si haec verba de tutore post mortem testatoris adhuc viv vente et demum suscepta tutela mortuo intelligas, minime dici poterit, patrem intestato mortuum esse, si tempore mortis ejus tutor vixit non solum, sed etiam tutelam suscepit. Concludo, de hac tota controversia, atque praeprimis de explicatione mea, judicium Peritiorum expecto.* Hactenus iste locus ex notis ad Struvium. *Et adhuc expecto judicia peritiorum de lite mihi ob hanc expositionem mota a Clarissimo Autore observationum ratiocinantium ad Lauterbachium* obs. 807. §. 2. et 3. *Ego quidem id, quod ibi docetur, pro contradictione magis, quam pro refutatione sententiae meae habeo, ita credo omnibus istis dubiis, quae a Viro Clarissimo moventur, vel jam in loco nunc descripto esse satisfactum, vel ex ibi dictis facillime posse satisfieri. Unica conjectura superest, ex voce* redire et reverti, *quibus JCti utuntur in* d. l. 11. §. 3. de testam. tut. et d. l. 6. de legit. tut. *unde concluditur, quod textus loquantur de casu, ubi tutelam jam a tutore testamentario interceptam fuerit. Sed leviorem hanc esse conjecturam arbitror, quam ut vincere possit conjecturas istas graviores pro mea sententia in loco jam descripto adductas. Accedit, quod JCti non ubique ita accurati sint in verborum proprietate seligenda, ut ex voce* rescindere *patet in nota controversia de querela inofficiosi. Et potest etiam dici, quod tutela redeat vel revertatur ad tutorem legitimum, si tutor testamentarius moriatur vivo testatore, eo videlicet sensu, quo dici potest adhuc vivo testatore, quod per dationem testamentarii tutoris tutelam legitimam interceperit etc.*

4. d) Postremo de verbis agitur in §. *ult.* Qui filiis utriusque sexus dat tutores, etiam posthumis dedisse videtur, non nepotibus. Si vero liberis dederit, tunc non modo filiis, sed et nepotibus neptibusque post se nascituris prospexisse creditur, cum et hi sint liberi, ut vel ex *tit. de liberis et posthum. her. inst.* constat, filiorum atque liberorum appellatio distinguitur in hoc §. *ult.* cum promiscue sumatur in *l.* 84. *et l.* 220. *de V. S.* Scilicet naturaliter et proprie liberorum vox patet latius, quam filiorum, sic ut nepotes rectius liberi, quam filii dicantur, et haec proprietas servatur in nostro §. Sed civili interpretatione et extensione JCtorum, per filios saepe omnes liberi, etiam ultra gradum primum intelliguntur, *d. l.* 84. *et l.* 220. maxime in interpretatione legum, ut notat Alciatus 3. *Parad.* 9. exempla in *l.* 59. *de rit. nupt. l.* 2. §. 28. *ad SC. Tertyl. l.* 14. *ad SC. Maced.* Sed in dispositionibus hominum proprietatem verborum magis observari existimat. Quin nec in Legibus, si odiosae sint, extensio semper admittitur: consentaneum enim non est, poenas filiis impositas extendere ad nepotes, ut in *l. quisquis* 5. *C. ad L. Jul. Maj.*

TIT. XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

I. Tutelae Legitimae definitio explicata. II. Cur soli agnati ad hanc tutelam vocati, et mutatio hujus juris. III. Ab intestato *quid significet.*

(a) Secunda species tutelae est Legitima. *Quae defertur ex L. XII. Tabb. proximis agnatis ab intestato.* Nam si Pater non prospexerit liberorum tutelae in Testamento, Lex XII. Tabularum proximis agnatis hoc munus sine ullo magistratus ministerio imposuit. Jure civili legitimos tutores nemo dat, sed Lex eos facit immediate, *l.* 5. *D. h. t.* non tantum ob eam, quae traditur in *l.* 1. *de Legit. tut.* rationem, quod onus tutelae ad eos pertinere debeat, qui sperant commodum successionis, sed et ideo, quod ut sanguine, ita affectu et fide pupillis credantur esse conjunctiores. Cognatos autem vocant omnes sanguine junctos, §. 1. *Inst. de Legit. agnat. tut.* suntque vel cognati in specie, vel agnati. Illos dicunt, qui per feminini sexus personas solo naturae vinculo junguntur. Agnati sunt paterne cognati, ἐξ ἀῤῥενογονίας, *d.* §. 1. *l.* 4. §. 2. *de grad. et affin.* qui per continuas generationes masculas nobis sunt juncti.

2. (b) Porro Lex XII. Tab. soles ad tutelam agnatos vocavit, *d.* §. 1. quia et eosdem ad successionem solos vocavit, *Agnatus proximus familiam habeto*, erat in Leg. XII. Tab. vel ut Auct. ad Herenn. *lib.* 1. *Familia pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque esto.*

(d) *Pos.* 6. (a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. (b) *Pos.* 5. 6. 7.

Sunt autem gentiles, qui ex eadem gente, agnati, qui ex eadem familia prodeunt. Gens omnes continet, qui ex ejusdem ultimi progenitoris sanguine proficiscuntur. Familia certam ex illis lineam notat. Sic gens Claudia multas habebat familias, quae cognominibus discernebantur, Marcellorum, Pulchrorum, Neronum, etc. Omnium plurimas Cornelia gens familias habuit; distincte Caesar apud Suet. in vita *c.* 6. *A Venere Julii*, inquit, *cujus gentis familia est nostra*, Caesarum scilicet: accuratius quam JC. in *l.* 195. §. 4. *de V. S.* ubi, quam Caesar gentem, ipse familiam vocat. Postea cognati Praetorum quidem edictis ad successiones admissi sunt, non aeque ad tutelas; sed in iis valuit semper antiqua ratio, quibus lex non dat hereditatem, iisdem nec tutela defertur, *l.* 1. *de leg. tut.* Postremo Justinianus agnatorum discrimen totum sustulit, * omnesque sanguine junctos sola graduum praerogativa, tam in hereditate quam tutela, censeri voluit, convenienter Juri naturae, *Nov.* 118. *c.* 4. *et* 5. adeo ut nunc proximi e familia tam materna quam paterna, tutelam Legitimam consequantur. Quod si plures sint ejusdem gradus, tutela non ei potissimum, qui aetate ** vel peritia praecellit, quod lex dijudicare nequit, imponitur; sed ex aequo ad omnes pertinet, modo natura inepti non sint, ut administratio tamen uni plerumque decernatur, *l.* 5. §. 2. *de legit. tut.* vel pluribus, ita ut periculo tutelae reliqui maneant obstricti *d. N.* 118. *c.* 5. *in fin.* Ergo et vere tutores sunt; nam si commodum successionis omnes simul amplectantur, quidni et onus tutelae, cum utraque eodem jure deferantur?

3. (c) Verba *Ab intestato*, non absolute, sed *quantum ad tutelam*, intelligenda, §. 2. *h. l.* 6. *de legit. tut.* non hoc sensu, si nullum extet testamentum, ut respectu hereditatis accipitur: sed ita, quoties ex testamento tutor nullus existit, sive ab herede destitutum, seu tutor ante testatorem, vel conditionem, sub qua datus erat, existentem sit mortuus, §. 2. *d. t.* Nam si, tutela rite suscepta, decesserit tutor, aliud esse juris, *infra* videbimus.

(d) Caeterum cognatio, quia vinculum ejus natura fecit, in quam lex nihil potest, civiliter tolli nequit, sed naturali tantum morte finitur, §. *ult. hic*; adeo ut post deportationem, consanguinei qui fuerunt, iidem remaneant. *l.* 1. §. 10. *de suis et legit. hered.* Verum cognationis jura, quae civilem effectum habent, ut successio in hereditates ex bonorum possessionibus, morte etiam civili extinguuntur, §. 6. *tit seq.* quae sic non repugnat *huic* §. *ult.* Cognatio igitur nullo civili modo perit, sed agnatio, cujus differentia civili effectu constat, capitis diminutione, quae Juris civilis inventum est, plerumque perimitur, ait Caesar *in* § *ult. d. tit.* Vox *plerumque* adjecta est, quia Anastasius *in l.* 4. *C. de Legit. tut.* fratres emancipatos, et Justinianus in *l. ult. C. de legit. hered.* eorum filios ad successionem fratrum ac Patruorum, et consequenter illos vicissim ad tutelam vocaverant, atque ita hactenus agnationem, non obstante capitis diminutione, conservaverant. Novissime cum agnatorum et cognatorum differentia omnis sublata sit *N.* 118. *c.* 4 *et* 5. consequens est, nihil in sanguinis ratione per capitis diminutionem mutari; ut tamen effectus civiles, quos diximus, morte civili etiamnum pereant.

TIT. XVI.

DE CAPITIS DIMINUTIONE.

I. Aliud caput et capitis Diminutio. II. Divisio ejus et de maxima capitis Diminutione. III. De media. IV. De minima.

Ordo postulat, ut quid sit capitis Diminutio, videamus. Caput, non modo supremum hominis ventrem, sed et hominem simpliciter significat *l.* 195. §. 2. *d. V. S.* et caput pro fama saepe usurpat Cicero aliique Latini, teste JC. *in l.* 103. *de V. S.* Sed usu juris obtinuit, ut per

(e) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 1. *tit. seq.*

* Attenditur tamen id Sax. Jure, quo Agnati Cognatis in suscipienda tutela, sive pupillus bona feudalia s. allodialia habeat, sunt potiores, *L. R. l.* 1. *art.* 23. *W. B. art.* 49. Cognatique tantum in subsidium admittuntur, Carps. *L.* 5. *Resp.* 81. *n.* 17. add. Mencken. *Disp. de Praerogativa Agnatorum prae Cognatis in suscipienda tutela curave, quoad allodium et Feudum th.* 30. *seqq.*

** Apud nos secus est, ubi is, qui ex agnatis in eodem gradu constitutis senior est, reliquis praefertur, *L. R. l.* 1. *a.* 23. v. *ihr altester ebenburtiger Schwerdt-Magen.* Carpz. *P.* 2. *C.* 11. *D.* 11. *n.* 1. *Id. L. D. Resp.* 81. Richt. *dec.* 12. *n.* 9. Non tamen in Concursu aviae paternae et maternae aetatis habetur ratio, Carpz. *P.* 2. *dec.* 122. Struv. *Ex.* 31. *th.* 26.

caput intelligatur status seu conditio, quam quis obtinet jure naturae, jure civili et jure generis; jus, inquam, libertatis, civitatis et familiae; quae tria qui obtinet, caput integrum habet, et servus, cum his omnibus careat, nullum caput habere, nec unquam capite minui dicitur. §. 4 *de cap. dim.* Definitur capitis diminutio, quod sit prioris status mutatio *in deterius*, ut est in *princ. h. t. Synops. Attal tit.* 3 εἰς χεῖρον, quo sensu et Theophilus capitis minutionem vocat πάθος καταστάσεως ἐλαττωτικὸν τοῦ πάσχοντος, *Passionem, quae statum patientis minuit.*

§ 2 Jam cum triplex sit status, Libertatis, Civitatis et Familiae, est triplex capitis diminutio; maxima, media et minima. Maxima est, quae omnem statum, etiam libertatis tollit, quam patiuntur qui ad bestias aut ignem damnantur, ait Theoph. aut in metallum vel opus metalli, quorum differentia est in *l.* 8. §. 6. *de poen.* et omnes capitis damnati, qui servi poenae fiunt. (1). Τῆς τιμωρίας τὸν καταδεδικασμένον ἐχούσης ἑαυτῇ δουλεύοντα, *quoniam poena damnatum sibi mancipatum habet*, ait Imp. ut poena ejus quasi domina sit. Sed Justinianus in *Nov.* 22. *c.* 8 servitutem poenae sustulisse videtur, ex verbis textus: Ἡμεῖς δὲ οὐδένα τῶν ἐξ ἀρχῆς εὖ γεγονότων ἐκ τιμωρίας γίνεσθαι συγχωροῦμεν οἰκέτην, *Nos neminem ab initio bene natum ex supplicio servum fieri permittimus.* Moribus hodiernis sublata omni servitute, non est dubium, quin capitis damnati libertatem retineant, etiam qui in opus publicum vel ad remos damnantur, licet perpetuo; nam non olim servi poenae censebantur, sed jus civitatis amittebant. *l.* 17. §. 1. *de Poen.* Porro et liberti olim maximo capite minuebantur, cum ob ingratitudinem erga Patronos ἀναδούλωσιν paterentur, in servitutem Patronis iterum addicendi, *l.* 3. *C. de libert. et eor. lib.* quae est exceptio ejus, quod Seneca scribit, 3. *de benef.* 6. *Excepta Medorum gente non est in ulla data adversus ingratum actio*, alias *huic uni omnia fora vix sufficerent*, *cap.* 7. Est et altera exceptio in donatario, a quo propter ingratitudinem donatio revocatur. *l. ult. C. de revoc. donat.* Plures in Jure Romano ingrati actiones vix dantur.

3. Media capitis diminutio est, cum salva libertate civitas amittitur; quod accidit his, quibus aqua et igni interdicitur, (2) aut qui in insulam deportantur. §. 3. *h. t.* Numerantur hae duae tanquam species poenarum oppositae, cum sint subordinatae. Nam in locum aqua et igni interdictionis surrogata est deportatio. *l.* 2. §. 1. *de poen. l.* 3. *ad L. Jul. pecul.* Utriusque effectus est unus et idem, ut civitatis jus, non libertatem auferat, *d. l.* 2. § 1. *l.* 17. *de poen et passim*, sed discrimen est; quod deportatus τόπῳ περικέκλεισται, τοῦτ' ἐστὶ τῇ νήσῳ, *certo loco, id est insulae, includitur*, ὁ δὲ, cui aqua et igni interdictum est, παντὸς εἴργεται τόπου, *ab omnibus locis excluditur*, ait Theoph. unde lata fuga eleganter vocatur in *l.* 5. *de interd. et releg.* Graecorum imitatione, qui φεύγειν τὴν πατρίδα, πόλιν, exules dicunt, qui fugiant *Patriam, sive urbem.* Budae. *comm. Gr. L pag.* 5 utique tamen intra certos terminos, ut Ciceroni Lege Clodia quadringentis millibus passuum ab Italia interdictum fuit. Utraque species, maxima et media capitis diminutio, quandoque *magna* dicitur uno vocabulo, quae mortem civilem inligat, auferendo libertatem vel civitatem, minor quae solam mutet familiam, *l.* 1. §. 4. *de suis et legit. hered.* sic et Callistratus in *l.* 5. §. *ult. de Extraord cogn.* magnam capitis diminutionem vocat, *qua libertas adimitur, veluti in persona deportatorum*; sub magna mediam complectitur; sed cur libertatem deportato auferri dicit contra innumera juris loca, quibus tantum civitatis dicitur adimi? Si non legendum sit *vel*, aut *vel uti*, ut plerique hunc nodum solvunt, non erit insolens, libertatem a Callistrato civilem, quae est Quiritium, intelligi, de qua Cicero *pro Caecin. Qui potest jure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est?* Velim et hoc considerari; deportatio multa dicitur auferre, quae sunt Juris Gentium, et quae revera non tollit, sed quorum usum impedit in foro Romano, ut matrimonium, testamenti factionem (3) et omne commercium; Quid si et libertatem ita dicamus adimi, non quod eam extinguat, sed inutilem in civitate et omni vita reddat; praesertim, cum omnis capitis diminutio in perpetuum fiat, *l.* 7. §. 2. *l.* 18. *de interd. et releg.* etiam minima *arg. l.* 77. *de R. J.* licet quandoque imperitia damnantis tempus adjiciatur. *l.* 23. *de Poenis.* Probabilior haec responsio est, quia satis liquet, Callistratum abuti terminis, nec admodum exacte loqui, *et in hoc* §. *ult. et praeced* 2.

4. Minima capitis diminutio est, cum salva libertate ac civitate, familiae status mutatur, quod fit per adoptionem et emancipationem. §. 3. *h. t.* Nam quod hi actus salvo statu fieri dicuntur, de statu publico accipiendum, non de privato, in *l.* 1. §. 8. *ad SC. Tertyll.* Hos autem actus olim sine imaginaria venditione et servitute fieri non potuisse, dictum est in

(1) *De servitute poenae consula Ger. Noodt probab*, lib. III. cap. 12.
(2) *Confer Auctorem in Digress.* part. 2. lib. 1. cap. 25. *item Gerard. Noodt Probab. lib.* III. *c.* 3.
(3) *Non recte testamenti factio ad jus gentium, sive naturae refertur.*

lib. 3. *Digress. cap.* 6. eosque prupter haoc servilem causam inter capitis diminotiones numerari diximus ex *l.* 3. *de cap. min.* Quae imagu servitutis cum sit abolita, *l. ult. C. de emanc. lib.* uulla potest emancipatlo intelligi, ubi filius non mancipatur, id est, veuditur amplius; quin hodie, cum nihil ln sanguioc, quam naturalis cognatiu speetetur, *Nov.* 118. *c.* 4. et 5. quae et olim cum jure familiae late sumptae emancipatis, manebat, *l.* 69. §. *ult. de Leg.* 2. *l.* 195. §. 1. *de V. S.* sequitur emaocipatinne statum familiae amplius non mutari, * eamque nullo sensu capitis dimloutionem, sed resolutionem simplicem patriae potestatis appellandam esse Perinde ac dignitas, quae facta quidem est modus tollendae Patriae potestatis, sed nunquam capitis diminotio, quia haec, inquam, est status mutatiu εἰς τὸ χεῖρον, *in deterius*, πάθος, afflictiu, ut *supr.* ex Theop. Haec latius *in d. lib.* 3. *Digress. cap.* 6.

S c h o l i u m

Non tam ad etymologiam capitis diminutionis, quam ad definitionem Imperatoris respiciendum; ideoque emancipati caput minuunt, quia statum mutant; Neque hic Paulum curamus in l. 3. §. 1. de cap dim. *Jctorum enim rationes non perpetuo sunt optimae, sed potius cum Vinnio facimus, quem refutare intendit Auctor* l 3. Digress. c. 6.

R e s p o n s i o.

Ego vero minore cum invidia et majori auctoritate curo Paulum, quam negligo Vinnium, ubi discrepent. Non verba tantum, sed et res mutatae sunt, ideoque reales effectus cessare necesse est. Restitutio in integrum fuit effectum reale capitis diminutionis; non est hodie, quia causa, propter quam erat capitis diminutio, sublata est, ut docetur ad tit. ff. de cap. dimiu. in fin. *sed integrum lectori judicium de causa committitur, si vacat,* ex d. l. Digression.

N. A d d i t.

Non dissentio in Scholio ab Autore circa ipsam propositionem, quod jure novo emencipatio non amplius sit capitis diminutio. Sed saltem nego, ex ratione Paulina eam conclusionem deducendam esse, et ex hypothesi, quod in capitis diminutione semper fiat mutatio in deterius. Neque auctoritatem Vinnii sequor, sed ejus rationes. Auctoritas nec Vinnii nec Pauli apud me ulla est, sed ubique rationis, quam si apud Bartolum vel Baldum invenirem, eam praeferrem Paulo, inepta ratione stipato.

TIT. XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

I. Ratio tutelae Patronorum, spes hereditatis. II. Quando illa ratio cesset. III. Regulae Artis ex illa consequentia.

(a) Fuit legitima tutela, quae jure agnationis defertur; sequuntur quaedam Speciales etiam ex lege ortae ac inde nomen habentes, verum absque agnatione: Quarum prima est *Patronorum*, qui suot tutores legitimi libertorum, quos ante pubertatem manumiserunt. Nam cum his testamento, qui in patria potestate non suot, tutor evenire nequeat, neque agnatos habere possint, quia inter servos nulla familiae jura sunt, Lex ad Patronum decurrit, vel potius JCti mentem Legis, quae de Patronis locuta non est, ad eos produxerunt, hac consequentia; Lex vocat agnatos ad Legitimam tutelam, quia defert iis successionem, et aequum videtur, ut potius illi tutela onerentur, qui sperant emolumentum, ** quam quibus nec seritur nec

(a) *Pos.* 1. 2.

* Apud Saxones emancipatio ne Jus quidem agnationis tollit, *a. L. R. l. a*, 23. in primis, si virtualem Emancipationem respicias, quae per oeconomiam peculiarem filiaeque nuptias contingit. Nihilominus tamen etiam in Saxonia capitis diminutio minima adhuc hodie est capitis diminutio, quatenus patriam potestatem dissolvit, et ex homine alieni juris facit hominem sui juris, v. *Dec. El.* 23. Bachov. *ad Treutl. V. I. disp.* 11. *lit. C.* Neque vero in omnibus cum Theophilo capitis demioutionem mutationem εἰς τὸ χεῖρον καὶ πάθος semper vocaveris, cum ejus appellatio in emancipatione, ubi jam veteris servitutis imaginariae ritus diu abolitus erat, a legibus Civilibus servata fuerit.

(**) Unde apud Saxones in feudis simultanee investitis, ob spem et jus succedendi, tutela defertur, licet non sint agnati. Schrader. *de feudis p.* 10. *S.* 9. *n.* 49. Horn. *Jurispr. Feud. c.* 6. *th.* 15. v. Menck. *Disp.*

metitur. *arg l* 10. *de R. J.* Atqui Patronis dabat Lex hereditatem libertorum, Ergo tamquam digito monstrabat, quibus tutela mandaretur, quam et inter Legitimas idee retulerunt; nam ex Legibus esse dieitur tam quod ex Legum senteotia, quam e verbis traditur, *l.* 6. §. 1. *de V. S.*

2. (b) Sed consequentiam illam, monet Imperator, voeula *plerumque* adjecta, non esse perpetuam. Requiruntur enim termini habiles, et persona tutelae capax. Multi ad hereditates vocantur qui ad tutelam sunt inhabiles, ut impuberes, furiosi, mente capti, prodigi, muti, surdi, caeci et denique mulieres, quae hic solae exeipiuntur. Nam et hae successionum capaces, a tutelis excludoetur, *hic* et *l.* 16. *l. ult de tut.* ut ne pater quidem superstiti uxeri tutelam maodare pessit, *l.* 26. *pr. de testam. tut.* quamquam si *commendet* tutoribus datis, ut ope consilioque matris bona moresque pupilli regant, id frustra non erit *l.* 5. § 8. *de administr. tut.* et fiducia pietatis matres saepe res liberorum administrasse, indicat *l* 31. § 6. *de negot. gest.* Ratio autem arcendae mulieris a tutela, est imbecillitas sexus, quae ipsam perpetuae quondam tutelae subjectam reddebat, ut dictum *supra*, quaeque ab omni publico et civili munere eam arcet. *l.* 2. *de R. J. Tutela virile munus est et ultra sexum foemineae infirmitatis*, ait *l.* 1. *C. Quando mul. tut. off.*

3. (c) Interim ex illa consequentia colligi potest, non tantum ea, quae verbis legum exprimuntur, haberi pro legum praeceptis; sed omnino etiam, quae per idooeam ratiocinandi sequelam inde probari possunt. Nam artis nostrae principium est *Lex et Ratio.*

TIT. XVIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

(a) Liberi in potestate patris constituti, nec Parentem, nec alium quemquam, ut occupavimus dicere, tutorem habere possunt. At si impuberes Pater emancipaverit, consequitur legitimam eorum tutelam *tit Inst. de legit. Parent. tut.* non utique ex verbis legis, nec per consequentiam quidem directam. Nam jure agnationis Pater vocari nequit, cum haec per emancipationem soluta sit. §. *ult. supr. de legit. agn. tut.* Nec per interpretationem, qualis in Patrono fuit, quia lex Patrem non vocabat ad successionem filii emancipati, nisi Pater tertiae venditioni fiduciae pactum adjecisset, tunc enim quasi manumissor succedebat filio, ut patronus liberto solebat, §. *ult. l. ult. infr. de legit. agnat. success* donec Justinianus constituit, fiduciae pactum semper interpositum videri, adeoque parentes ad legitimam successionem pariter atque tutelam emancipatorum, ordinario jure vocavit *d.* § *ult. l ult. C. de emancip. lib* unde haec rubrica est; *de legitima Parentum Tutela*; confer *l.* 3. §. *ult de legit. tut.* Idem de avo, qui nepotem emancipabat, intelligendum.

(b) Etsi autem Patria potestas tutelam formaliter excludit, tamen longe plus juris in filium Patri competit, quam in pupillum tutori, ut e *tit.* de Patria potestate intelligi potuit. Neque enim simplex administrator est bonorum ejus adventitiorum, *l.* 1. *C. de bon. Mat.*, sed cum usufructu et potestate dominio proxima, ut sit etiam ἀνεκλόγιστος, nec rationibus reddendis obnoxius, *l.* 6. §. 2. *C. de bon. quae lib.* attamen citra jus alienandi. *dd. ll.* Etiam administrationem ei recte a testatore, qui filium bonis

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. 4.

de Praerogativa Agnatorum prae Cognatis th. 32. Strykii *Exam. Jur. Feud. c.* 7. *th.* 17. Item Agnati in Feodo non aliter quam si simultanee sint investiti, ad Tutelam admittuntur. *a. Lehn. R.* c. 21. *j. das Torgauische Aussichr.* d. ann. 1583. *t. Welchergestalt die* Agnaten. §. *Dieweil denn.* vid. Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 19. *n.* 58. Carpz. *p.* 2. *C.* 45. *d.* 13. Quod si vero Agnati et Cognati aequali Jure simultaneam investituram uno actu obtinuerint, agnatos cognatis, et ex pluribus etiam extraneis seniorem reliquis praeferendum esse, censet Dn. Hom. *l.* c. Eodem fundamento successionis sperandae, nititur tutela Domini Directi, quae deficientibus agnatis aut simultanee investitis ipsi et communi et Saxonico Jure imponitur. *Lehn. R.* cap. 26. Schrader *d. l.* 9. 71. ubi arg. *L. R. l.* 2. *a.* 58. Fructus quoque Domino deberi, ipsumque ab onere rationum reddendarum liberum esse videri poterat. j. *Lehn. R. d. cap.* 26. conf. Jo. Petr. Ludewig. *d. diff. jur. commun. et Germ. in tutel. fructuar. in opuscul. Histor. L. I. cap.* 18. *p.* 527. Henr. a Rosenthal. *Syn. feud. cap.* 12. *Concl.* 10. *n.* 37. Verum usus Saxoniae contrarium recepit, nec hic discrimen inter Dominum atiosre tutores agnoscit, v. Coler. *de Proc. Execut. p.* 2. *c.* 3. *n.* 306. *p.* 2. *C.* 11. *d.* 1. *n.* 6. potissimum cum, quod in beneficiatis Angliae feudis et olim obtinuit et nunc obtinet, v. Crag. *Jur. feud. L. II. tit.* 20 §. 8. ad feuda Germaniae oneroso nomine acquisita, trahendum non sit.

auget, interdici non dubitatur, cum et ab usufructu excludi possit, *Auth. Excipitur. C. de bon. quae lib.* vid. Sand. *l.* 2. *tit.* 7. *def.* 1. *et* 2. Denique hoc jus secundis nuptiis Patrem non omittere, clari textus evincunt in *l.* 4. *C. de bon. mat. l.* 5. *in pr. C de sec. nupt.*

(e) Hodie matri perfectae aetatis et aviae permittitur, (neque enim cogi possunt) liberorum ac nepotum tutela, cum ex testamento nullus extat tutor, *κατὰ τὴν τῆς κληρονομίας τάξιν*, *secundum ordinem hereditatis*, idque sub duplici lege; si renuntient *ἐν ὑπομνήμασι*, *inter acta*, secundis nuptiis et SCto Vellejano.* *Auth. matri. C. quando mul. tut. off. ex Nov.* 118. c. 5. Jurisjurandum, quod exigi solebat, ob perjurii periculum in molli sexu remittitur. *Auth. sacramentum. cod. ex Nov.* 94. c. 2. Beneficio Vellejani renuntiant, ut cum effectu pro pupillis intercedere possint, cum res suas pro tutela obligant, *Nov.* 94. *c.* 1. aut pro pupillis contrahunt, eosque in judicio defendunt, *l. pen. D. Quando ex facto tut.* quae species intercessionis SCto Vell. comprehensa est. *l.* 2. § *ult. ad SC. Vell* Huic autem moribus hodiernis ab initio non solet in universum renuntiari, verum in singulis causis, quoties usu venit, ut matres pro pupillis intercedant. Caeterum matres amissam semel tutelam, etsi denuo ad viduitatem redactae, tamen eam non recuperant, quia quod extinctum est, sine nova causa reviviscere nequit *arg. l.* 30. *pr. de S. V. P. l.* 66. §. 1. *de leg* 2. An vitrici ad Tutelam matribus ademptam admittantur, aliaque plura, vide sis *in Digression. lib.* 3. *c.* 12.

TIT. XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

(c) Sequitur Titulus de fiduciaria tutela; *Quae post mortem emancipatoris, liberis ejus perfectae aetatis defertur*; sic eam definimus. Alii minus recte: Quae fratri perfectae aetatis competit in fratrem impuberem emancipatum. Nam fiduciaria tutela non modo fratri, sed et Patri et Patruo convenire potest, ut Theophilus ostendit, ac ipse Imperator docet in verbis, *vel fratris, vel sororis et caeterorum.* Res ita se habet. Qui emancipat filium impuberem, is tutor ejus fit legitimus ut modo dictum: Eo mortuo, si filium relinquat alium perfectae aetatis, hic fiduciarius tutor fit impuberis fratris. *l.* 4. *de legit. tut.* Similiter, si quis emancipet nepotem impuberem, cujus pater vivit, avo mortuo Filius, pater impuberis, in tutelam succedit: si impubes sit nepos ex filio praemortuo, tum superstiti, filio, impuberis, Patruo, tutela defertur, non tamen ex lege, nec directe, nec per consequentiam; quia neque agnatio esse potest ubi emancipatio intervenit, nec fratres ad hereditatem fratrum emancipatorum vocabantur, sed ne Patres quidem, emancipatione ab avo facta; ex lege enim non veniebant, quia lex solos emancipatores ex pacto fiduciae vocabat, *d.* §. *ult. I. de legit. agnat. succ.* neque ex jure praetorio, quia jus patronatus avo per emancipationem quaesitum non transibat in patrem. *l.* 4. §. 2. *et* 5. *si a par. quis man.* Ergo subsidiarii quodammodo illi tutores sunt facti; quo sensu *fiduciarii* forte sunt dicti. Nam fiduciarium munus est, quod in subsidium et vicem alterius defertur, sic fiduciarium Imperium Curtio *lib.* 5. *in orat Nabarz. ad Dar.* Nisi potius a pacto *fiduciae*, quo pater emancipans filium ab emptore imaginario paciscitur, ut post secundam emancipationem (*vid. P.* 1. *lib* 1. *Digress. Cap.* 4.) filium sibi remancipet, cujus *fiduciae* vi Pater jus Patroni adipiscebatur, ac inde tutela prima patris, altera, filii; prima legitima, altera, cum ex legis sequela non veniret, *fiduciaria* inde vocata est. Ipsa quoque Tutela dicitur *fides*, pupilli tutorum fidei commissi. Gell. 5. *c.* 19. Apud Plutarchum *Cicer.* Publilia *ἐν πίστει in fide* Ciceronis.

Movet objectionem Imp. in *hoc tit.* cur haec tutela non aeque dicatur legitima, quam liberi emancipatoris, mortuo patre, suscipiunt; cum liberi manumissoris sive Patroni, aeque sint legitimi tutores libertorum impuberum ac Patroni fuerant? Respondet, quia heredes Patroni, si libertus non fuisset manumissus, idem jus, nempe dominium, in ipso habuissent, quod Patronus habebat: sed filii patris non habuissent patriam

(c) *Pos.* 5. 6. *et seq.* (e) *Pos.* 1. 2.

* Idem in Saxonia obtinet, v. Carpz. *p.* 2. *C.* 41. *d.* 14. Interim haec renuntiatio beneficiorum muliebrium non efficit, ut mater tutrix in Saxonia, sine Curatore obligationem valide contraxisse censeatur. v. Berlich. *p.* 2. *Concl.* 17. *n.* 26. *j.* Wibel. *de Contr. Mul. c.* 3. §. 5. *n.* 14. siquidem susceptum tutelae onus non majorem ipsi largitur prudentiam, nec a cura lege definita eam eximit.

potestatem in fratrem impuberem, si is in potestate retentus fuisset. Haec ratio sufficere visa est, obscurior licet ac minus ad rem valida, nec etiam conveniens avo emancipatori, cujus morte nepos in potestatem patris sui recidisset, eamdem penitus ac avus habuerat, et tamen hoc casu potest esse fiduciaria tutela, *ut dictum* Potuerat alia examussim adaequata ratione Caesar uti; nam constat Legem XII. Tab. liberos Patronorum vocasse ad successionem libertorum; Ergo et ad legitimam tutelam. *l* 3 §. 7. *de legit. tut.* Sed liberi emancipatoris ab hereditate emancipati erant alieni; ergo et a tutela legitima, ut saepius dictum.

In fine *hujus tit.* eddit Imp. se in omnibus tutelis et curationibus generaliter praecepisse, ne alii, quam qui perfectae aetatis sunt, id est 25. annorum, *l.* 1. §. 2. *de Minor.* ad tutelam aut curam vocentur, respiciens ad *l ult. C. de legit. tut.* Qua vix tamen est, ut quidquam novi juris, quam quoad legitimam tutelam, sit introductum. Nam dativos tutores et curatores potuisse olim alios, quam perfectae aetatis esse, nusquam legimus. Testamentarii potuerunt dari minores, sed et etiamnum possunt, eum de iis non loquatur *d. l. fin.* administrare saltem nequeunt. §. 2. *supr. qui testam. tut.* Perinde legittimi olim vocabantur ad tutelam absque administratione; sed hoc mutatum est in *d. l. ult.* quae vult eos omnino non vocari.

TIT. XX.

DE ATILIANO TUTORE ETC.

I. Unde sit Potestas dandi tutores. II. Usus Atilianae Tutelae varius. III. Mutatio duplex Romae circa hanc speciem. IV. Modus recentior dandi tutores jure Rom.

(a, Sequitur dativa sive honoraria Tutele quae deficiente testamentaria et legitima defertur e Magistratu. Quippe si tutor neo testamento detus, neque ex agnatis idoneus extaret, Lex XII. Tab. nihil statuebat, sed leges aliae in hunc casum pupillis providerunt, ut magistratus defectum Testatoris et sanguinis impleret. Plebiscitum, sive lex Atilia in urbe cavit, ut Praetor urbanus cum majori parte tribunorum plebis, (ergone cessabat hic intercessio Tribunitia?) tutorem daret, *princ. I. de Attil tut.* Per provincias Lex Julia et Titia, tutores dandi facultatem Praesidibus dedit, *d. princ.* ad quos omnia, quae Romae varios judices habebant, cumulatim pertinebant. *l* 11. *de off. Praef.* Caeterum, potestas magistratuum Jurisdictio vocatur, de que *alibi*;hic notabimus, eam dici vel ordinariam; quae ex recepto jure et more competebat, *jure magistratus* qua talis, ut ait *l.* 1. *pr. de off. ej. cui mand.* vel legitimam, quae speciali lege vel constitutione certis magistratibus tribuitur, *d. l.* 1. Ad hanc referendam esse tutoris dationem, vel ex hoc *princ.* liquet ubi ex Lege Atilia et Titia descendere affirmatur, et clarius ex *l.* 6 §. 2. *de tut.* ubi Jurisdictionis esse negatur, nempe ordinariae, quae voce jurisdictionis simpliciter posita semper intelligitur; Vel si quis legitimam hic neget ullam esse jurisdictionem, quod ex usu Artis cha re non fuerit, is simpliciter ex hoc textu probet, Tutoris dationem non esse jurisdictionis, sed ei soli, cui lex hanc potestatem dedit, competere. Non obstat, quod in §. 4. *h. t.* habetur, magistratus tutorem dare *secundum suam jurisdictionem*; hoc enim nihil vult, quam non posse eos excedere terminos jurisdictionis suae, nec officium ipsorum, sed personas subjectas denotat. *Ibidem* habetur; in provinciis *jussu praesidum* tutores dari, quod cave de mandata Jurisdictione accipies; nam tutoris datio non potest mandari, nec quicquam ex speciali lege competens, *d. l.* 1. *de off. ej cui mand.* mandatur jurisdictio, cum magistratus partes officii sui in alium transfert, ut is vicibus suis fungatur, volens et rogatus, ex natura mandati. Sed jussus, de quo in §. 4. necessitatem ministerii imponit, iis qui praesidibus sunt inferiores. Plura, quae ad hanc quaestionem pertinent, altioris indaginis sunt, et in Pandectis suo loco usu venient. (1)

2 b) Atilianus Tutor perpetuus est, vel temporarius. Perpetuus, quando nullus ex testamento vel est, vel expectatur tutor. Temporarius, cum testamentaria tutela pro tempore impedita, speratur tamen extitura, quo casu magistratus partes suot, quie, dum aliqua spes Testamentariae superest, legitima cessat *l.* 11. *de test. tut.* exemplo hereditatis. *l.* 39. *de adquir. hered.*

(a, *Pos.* 1. (b, *Pos.* 2.

(1) *Consule quoque de hac quaestione Ger. Noodt de jurisdict.* Lib. 1. Cap. 1. et Lib. 2. Cap. 8.

Casus istius species recensentur in §. 1. *h. t.* si tutor in testameoto sub conditione vel ex die sit datus, vel hereditas diutius jaceat, sioe cujus aditione tutela oon subsistit *l.* 9. *pr. de testam. tut.* Tuno in vacuum tempus, ne pupilli siot indefensi, tutores daotur, doneo dies, conditio aut beres existat; idem est, tulore ab hostibus capto, qui reversus tutelam jure postliminii recuperat, mortuus ad proximos agnatos transmittit; ut, seu vivat, seu moriatur, datus tutor sit temporarius. §. 2. *h. t. l.* 11. §. *ult. de Testam. tut.* *

3. (c) Tandem usus docuit in Atiliana Lege Juliaque et Titia quaedam desiderari, duo potissimum; quod nihil de satisdatione, rem pupillis salvam fore, oec quicquam de compelleodis tutoribus ad administrandum, io iis praeciperetur, de quibus *ad tit. de satisdat. tut.* Forte et negligentius Praetores ac Tribuni pupillorum commodis invigilabaot. Ideo institutum est, ut Coosules ex inquisitione tutores darent. §. 3. *h. t* Suetooius *in Claudio c* 23 *sanxisse* eum ait, *ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur.* Verba *extra ordinom* ooo eo referam, quod tutoris datio oon sit ordinariae jurisdictiouis; nam hoc pridem ita fuerat; sed quod Lex Atilia ooo diserte a Claudio fit abrogata, verum consulibus juxta praetores et tribunos extraordinaria potestas sit data, ut ab his qui tutores peterent, tanquam diligeotius inquisituri, posseot adiri. Sed ut fieri amat, plenior et sublimior potestas, licet extraordioaria, veterem ordioariamque in negleotum deduxit; ac brevi ex aotiquis legibus, ut habet textus *in d.* §. 3 *tutores desierunt dari*, quae juncta cum Suetonii verbis indicant, tacite, noo expresse, legem Atiliam esse abrogatam. Fuit potestas consulem hac parte exercita tempore Pliuii Secundi, ut ex *l* 9. *ep.* 13. liquet. Postea displicueruot Consulares tutelae, et jus hoc deouo ad Praetores, sed absque Tribunis, devolutum est, ex Constitutionibus Principum, *d.* §. 3. cujus mutatioois Capitolious Marcum Philosophum auctorem tradit: *Praetorem*, ioquit, *tutelarem primus fecit, cum ante tutores a Consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur.*

4. (d Tandem sequitur, §. 4. *h t. Sed hoc jure utimur*, quam constat formulam JCtis usitatam esse, quoties non ex jure expresso, sed indirecte aliquid receptum est. Unde colligi possit, oovum dandi tutoris iostitutum, de quo in *hoc* §. noo esse totum ex certa Lege, sed usu fori non sine Principum voluntate introductum: *Ut Romae quidem Praefectus urbi vel Praetor*; in provinciis aliquando Praesides ipsi darent tutores, aliquando duumviri sive magistratus municipiorum jussu et imperio praesidum, illi, cum magnae, hi cum modicae pupillorum esseot facultates. *d.* §. 4 Inter utrsmque dationem hoc ioterest, quod Praesides inquisitionem adhibeant. *l.* 21. §. 5. *et* 6. *de tutor. dat.* Duumviri satisdatiooem exigant, de qua mox *capite proprio* agétur. Diligentius hoc ordinavit Justinianus in §. 5. *et l.* 30. *C. de episc. aud.* Nam si facultates pupilli nou excedant quingentos solidos, voluit Magistratum cujusque civitatis cum Episcopo tutores, exacta satisdatione, creare. Si locupletiores siot pupilli quingentariis, tuoc, ut antea, Praesides ipsi cum inquisltione dabaot. Solidum vulgus inter nos putat oummum sex *stuferorum*, aeque, Latine, quam obolum partem minimam *stuferi* vocant: cum ex Polybio et aliunde coostet, obolum esse partem sextam denarii, id est, ipsum *stuferum*, Nam deoarius Romanus, et drachma Attica nostrates fere sex *stuferos* aequaot, quod ex rei monetariao interpretibus, pretioque densriorum hodie passim extantium petendum. Solidus idem quod Aureus est, cujus crebra in libris nostris meotio, constaos centum sestertiis, hoo est tribus nummis Imperialibus, cum maximus est, sed mutatiooe temporum valor saepe imminutus fuit. Et tempore Justiniani valuit circiter sex Carolinos. Fora hodierna solidum Justioiani frequentius pro aureo Hungarico sive *ducato* ** accipiuot, etiam in

(c) *Pos.* 3 4. (d) *Pos.* 5. 6.

* Hodie quoque temporarius tutor, aut ob periculum in mora, curator ad litem constitui potest. *Dec. El.* 43.

** In Saxonia quoque Solidus Justinianeus pro aureo Hungarico non raro accipitur. Ita in Insinuationa donationis, quae 500. solidos excedit, ipsa *Constitutio Elect.* 32. *Pars.* 2. §. *so aber* verb. *Ungarische Gulden.* solidos per aureos Hungaricos explicat. *s P.* 2. *C. El.* 12. ibique Carpz *d.* 12. *n. ult. et cand. p.* 2. *C.* 32. *d.* 5. *n.* 7. Alias solidus Justinianeus ita taxatur, ut septuaginta duo libram auri constituant. *l.* 6. *C. de suscep. praepos. et arc.* quae idem est ac marca auri, *eine Marck lötiges Goldes*, unde valorem hodie agnoscere posset, quem habet florenus Misnicus, de qua computandi ratione, v. Wehener. *Obs. Pr. voc. Goldgulden, p.* 167. Solidus autem juris Saxonici, est pecunia minuta 32. nummos antiquos, f. 16. nummos novos Misnenses continens, et plerumque exprimitur per vocem *eines Schillings oder alten Silbergroschens.* Horum quindecim faciunt unam Sexagenam novam, f. 60. gross. *ein Neu Schock. v. Part. IV. C. El.* 15. *et* 37. *L. R. l.* 5. *art.* 45. Conf. Richter. *Dec.* 2. *n.* 3. Carpz. *Quaest.* 85. *n.* 73. 93. Berger *El. Crim. Cap.* 1. §. 55. *p.* 27. Authaei *Collect. Monet. ad Cathol. Goldes, p.* 16. Schubert. *d. emend. Sax. inj. incarc. praest.* §. 6.

Frisia, teste Sandio *l.* 5. *tit.* 1. *def.* 3. *in fin.* Denique, cum Reip. alia inter nos, quam Romanos sit ratio, non est mirum, tutoris dandi a Praesidibus, * vel Duumviris, et consequenter facultatum discrimen evanuisse; nam ibique tutores a Magistratu per civitates et territoria indistincte creari videmus.

TIT. XXI.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

I. Quid auctoritas, et quando habeat locum, aut cesset. II Exceptio in hereditate. III. Forma interponendae auctoritatis. IV. De Curatore ad litem.

(a) Officium tutoris duas praecipue partes habet, administrationem et auctoritatem. De administratione cum in *Inst.* nihil sit collocatum, id in Pandectas usque reservabimus. Auctoritas est *approbatio ejus, quod pupillus gerit, a tutore praesente in ipso negotio interposita.* Pupillum intellige majorem infantia, nam infanti tutor non fit auctor, sed agit pro illo. *l.* 1. §. 2. *de admin tut. l* 9. *de Adquir. hered.* Sunt autem infantes qui septennium non excesserunt. *d. l* 1. §. 2. *et l.* 14. *de Sponsal.* Si tamen pupillus intelligat quod agit potest ei auctoritas adhiberi *l.* 9. *de Adquir. haered. l.* 32. §. 2. *de Adquir. poss. l.* 3. *C. eod tit.* Etiam vero pro majoribus infantia saepe tutores occupant agere, sicut res fert, *d. l.* 1. §. 2. quod in primis hodie servatur, ut raro pupilli in rebus majoris momenti agant ipsi; quod et Curatores adversus adolescentes ita usurpant. Porro id quod agitur, aut est tale, ut nullum pupillo detrimentum adferre, sed nisi conditionem ejus meliorem facere possit, vel quod cum periculo damni sit conjunctum. Quae prioris generis, ea pupillus major infantia, solus et sine tutore, caetera non nisi tutore auctore potest obire *pr. I. de auctor. tut.* Ergo e promittente stipulari, *l.* 9 *pr. h. t.* donationem acceptare aut remissionem. *l* 2. *de accept.* et ex causis lucrativis adquirere solus potest, *l.* 11 *de A. R. D.* quia nullus est metus, ne quid his casibus detrimenti capiat. Verum quoties ex actu aliquo damnum consequi potest, aut si consequentia ejus sit onerosa pupillo, tunc necessaria est tutoris auctoritas. Exemplum hoc *pr.* in obligationibus, quae reciprocas praestationes continent, ut est emptio venditio, locatio conductio et similes; tales contractus ex uno latere constant, ait Ulp. in *l.* 13. §. 29. *de action. emp.* Pupilli non obligantur insciis tutoribus, sed eos, qui secum contrahunt, obligatos habent *in fin huj. princ.* Pupillus potest istum compellere ad implendum contractum, si tutores ita expedire judicent, dum vicissim ipse praestanda praestet. Neque excipere potest alter, contractum esse ipso jure nullum; id enim in pupilli, non istius favorem introductum est. Dein, contractus pupillorum claudicare dicuntur, etiam quoad actionem, si contractus cum jure non posset, facto sit celebratus et in effectum deductus. Pupillus potest agere, si quid sua intersit, alter nunquam, licet pupillus mala fide sit versatus, nisi qua factus est locupletior *l.* 5. *de Aut. tut.* Caeterum quatenus obligetur pupillus, naturaliter an civiliter, de eo mira est legum ἐναντιοφωνία et Interpretum dissensio, de qua est alius dicendi locus

2. (b) Superior regula, quod lucrosa acquisitio pupilli sine tutore subsistat, in adquirenda hereditate fallit; quam etsi opulentam, non nisi tutoris auctoritate suscipere potest. §. 1. *h. t.* Ratio in textu redditur, *ne* pupilli *ullum damnum habeant*, si non potius legendum, *nec ullum*, ut haec verba sint exegetica praecedentium, *quamvis lucrosa sit*, ut Theophilus et Cajus in *l.* 9. §. 3. *h. t.* habent. Sensus tamen vulgatae ineptus non est, quod difficile minimeque Puerilis judicii sit discernere, an hereditas sit lucrosa nec ne, saepe grandi aere alieno, quod prius latebat, emergente. §. 5. *I. de her. qual.* Genuina tamen ratio est, quia pupillus civiliter ex facto suo obligari nequit, *l.* 46. *de O. et A.* heredesque adeundo creditoribus et legatariis obligari manifestum est. *l.* 8. *in pr. de adquir. hered.* Quamvis autem ad alios actus curator dari solet, etiam impuberi, hic tamen tutore praecise opus est. Ratio est in *l.* 19. *de*

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. (b) *Pos.* 5. 6.

* Apud nos observari meretur discrimen Scrisstaasionis inter et Ambtsaasios. Illis enim immediate a Principe tutor solet constitui, his a Magistratu competente, inferiorem licet Jurisdictionem habente, Schilt. *ad ff. Ex.* 37. §. 65.

actor. tut. Ad ea, quae solemnitatem juris desiderant, explicanda, tutere auctore opus esse. Cretie autem bereditatis, quse olim erat in usu, maxime fuit selemnis aditio. Ulp. *tit.* 22. §. 27. *et seqq.* Brisson. *l.* 7. *formul.* Imo et simplea aditio ad actus legitimos pertinet *l.* 77. *de R. J.* qui omnes selemnitatem juris desideraet. Caeterum, in possessione acquirenda simpliciter aueteritas tutoris superflua habetur, *l.* 1 §. 3. *l.* 32. §. 2. *de adquir. poss.* hactenus, ut commodum inde sentiat pupillus, noo in ejus praejudicium, *d. l.* 32. §. 2. *et l.* 4. §. 2. *de usucap.*

3. (c) Fermam ieterpeeendae auotoritatis tredit Imp. in §. 2. ex *l.* 9 §. 5. *h. t.* quod debeat *statim et a praesente* tutore adhiberi. *Statim.* eaplicatur per verba, *in ipso negotio*, quasi dum *statur* ad tractandum. Si tamen praesees tutor videat quid pupillus egerit, eoque peracte, immediate se hoc probare testatur, nihil est causae, quo id minus subsistat. Nam probare est aueterem fieri, probari autem id demum videtur, quod est perfectum, non qued perficiendum et adhue incertum, sn et quale futurum sit. Ita capie *l* 25 §. 4. *de Adq. her.* quae nibil aliud vult, quam auotoritatem, quae est spprobatie, rem supponere peractam, secus ae jussus; qui rem futuram supponit, seilicet recens peractam, ut ita occurratur Scholio, quod subjectum est *positioni* 8. Denique pest intervallum, aut per epistolam, vel per nuncium interposita, * nullius momenti est, quia easete omaia cognesei et eaplerari debent. *h.* §. 2. *et d. l.* 9. §. 5. Ejus tamen, quecum agitur, absentia oihil nocet. Nam et per epistolam tractari petest eum pupillo; modo is censentiat, tutere praesente, *d. l.* 9. §. *ult* etsi tacite. *l.* 13. *h. t.* Tutor uen nisi clare locutus auoter babetur. *l.* 3. *eod.* Si corpore praesens, animo absees, ut si ebrius vel obdormiverit, nibil valet quod geritur, *l.* 14 *h. t.* nee mutum, neo surdum auetorare pesse, res docet; at eeecus petest. *l.* 16. *h t.* Tutori autem absenti recte solvi dieitur; quia hec ad ipsius perieulum solius pertinet. *l.* 14. §. 4. *de solut.* Est et tertium requisitum, ut aucteritas pure interponatur. iu *l.* 8. *h t.* Imo etsi conditionalis contraetus fiat, tutor debet pure auetor fieri, *d. l.* 8. etiam vero libere, non invitus, *l.* 17. *h t.*

4. (d) §. *ult.* difficultas eaplicatur, quid censilii, si inter tutorem pupillumque judicio ageedum sit, quia ipse in rem suam auctor esse eon potest, non magis quam quilibet testis aut judea in sua causa admittitur. *l.* 10. *de testam.* Et siquidem plures sint tutores, expedita res est, quia altero auetore cum altere agi potest. *l.* 1. *C. d. in lit. dand. tut.* Si unicus tuter, tum olim praetor Urbanus tutorem alium dabat ad judicium, *hoc* §. *et* Ulp. *tit.* 10. §. 24. hodie Curator in litem datur hoc casu, *h.* §. *f.* quia solemnitas judiciorum, quae antea tuterem praecise exigebat, *l.* 19. *h. t.* jure nove sublata est. *tit. de form. et imper. subl.* Imo novissime haec solicitudo supervacna videtur, qoia vix est, ut quibus materia litis cum pupillo intercedit, ad tutelam admittantur, ut debitores et creditores pupillerum, vel si jam ante admissi fuerint, curator statim illis adjungitur, quo auctore tum lis, si opus, regi potest. *Nov* 72. *c.* 1. *et* 2. Non potest, inquam, Tutor in rem suam acter fieri: unde nec res pupilli emere potest. *l.* 34. §. 7. *de contrah. empt.* quia tunc empteris et venditoris officie fungeretur, contra *l.* 5. §. 2. *h. t.* Sed alio ouratore adhibito non prebibetur, *d. l.* 5. §. 2. ut nec auctiooe publica, mode utrobique bona fides adsit, *l.* 5. *C. de contrah. empt.* et sie cape *l.* 56. *de adm. tut*

(c) *Pos.* 7. 8. (d) *Pos.* 9.

* Idem ad Mulieris Curatorem in Saxonia applicant Carpz. *P.* 2. *C.* 15. *D.* 30. Molter. *ibid. n.* 34. Berlich. *P.* 2. *Concl.* 17. *n.* 102. Phil. *Us. Pr. Inst. Lib.* 3. *Ecl.* 53. *n.* 8. *j.* Berger. *Elect. Proc. Execut. th.* 18. quoniam *P.* 2. *C. El.* 15. auctoritatem eos contractibus mulierum interponere jubeat, quae non nisi a praesentibus possit praestari; Sed quia diversa est mulierum pupillorumque conditio, ac minorum quoque Contractus, accedente ex intervallo Curatoris consensu, convalescit, praesentiam Curatoris mulieris in Curandae Contractu, non existimavit praecise esse necessariam *Fac. Jur. Lip. An.* 1702. *Mens. Jul.* Quam sententiam tuentur Sand. *l.* 2. *t.* 4. *d.* 3. Schmid. *ad Jus Bavar. Tom.* 2. *Tit.* 1. *art.* 16. n. 25. *j.* Schilt. *Ex* 8. *th.* 39. *et Ex.* 10. *th.* 21.

TIT. XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

I. Primus finiendi Tutelae modus, pubertas. II. Capitis diminutio tutoris et pupilli. III. Mors utriusque. IV. Conditio vel tempus, etc. V. Quid finita tutela juris sit.

(a) Vidimus, quid, quotuplex, et quod officium sit tutelae: sequuntur modi, quibus finitur. Et primo quoniam ad praesidium pupillaris aetatis inventa est, necesse erat, ea decursa, tutelam extingui. Igitur primus finiendi modus est, pubertas, *pr. I. quib. mod. tut. fin* ubi scribit Justinianus, *pubertatem veteres non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis aestimasse*, quae et Prisci fuit opinio, teste Ulpiano *tit.* 11. *in fin.* qui sententiam Cassianorum de habitu, et Proculejanorum de annis conjunxerat. Sed quid Justiniano faciemus? Qui narrat, veteres circa habitum corporis solitos impudice πολυπραγμονεῖν: ut Teoph. *per indecoram observationem, inhonestam indagationem*, ut ait *l. ult. C. Quand. tut. desin.* Plerique per imperitiam moris et sermonis Latini a Triboniano id scriptum putant, cum nihil a gravitate Romana alienius videatur, nec vestigium hujus turpitudinis uspiam occurrat: Sane quod Jctus de aspectu corporis habet in *l.* 32. *de minor.* nihil est necesse de aspectu necessariae partis, cum Cujacio in *paratit. C. si min. se maj. dix.* explicemus, cum ad externa vigoris et aetatis vestigia facile referri possit, ut in *l.* 4. *C. Qui test. fac.* Nos hac de re prolixe egimus in *lib.* 3 *Digress. c.* 13. *et seq.* (t) Quicquid, sit Justinianus generaliter ex anni 14. in maribus, 12. in feminis, * pubertatem aestimari voluit, *d. princ. et d. l. ult. C. Quand. tut. desin.* Quam tamen opinionem et olim praevaluisse, ideoque in juris abiisse observantiam, *ex l.* 2. *de vulg. et pup. subst. l.* 4. *de rit. nupt. l.* 5. *qui test. fac.* Macrob. 7. *Saturn* 7. *et* 1. *in somn. Scip.* ubi, *Tutela pueris post bis septem annos absolvitur*, probari solet; ut dicendum videatur, Justinianum expresse tantum sanctionis vim addidisse. Tempus completum ex naturali computatione intelligi, ut de nuptiis dictum, habetur *hic in princ.* Ita, ut a momento in momentum spectetur, nec ultimum attigisse diem sufficiat, *l.* 3 §. 3. *de minor.* quanquam luculentum Auctorem Mynsingerum ad *hoc pr.* contrarium scribere miror, ex §. 2. *d l.* 3. ubi est, *initio inspecto*, quasi haec verba ad computationem pertineant, ut primo adspectu liquet.

2. (b) Secundus, quo tutela finitur, modus, est capitis diminutio, tam pupilli, quam tutoris. Et quidem pupilli, omnis §. 1. *h. t.* ut maxima, si ab hoste sit captus, vel media, si deportatus, (intellige proximum pubertati, et delinquendi esse capacem pupillum, *l.* 111. *de R. J.*) vel denique si arrogatus, quia tunc patriae potestati subjicitur et consequenter tutelae subducitur, ut *alias dictum*: de tutoris maxima mediaque capitis diminutione idem procul dubio juris est, §. 4. *h. t.* non obstante *l.* 15. *de tut. et l* 29. *de excus.* de quibus *ad ff. tit. de excus.* At minima capitis diminutio cum tutela consistere potest, quia filiosfam. et fieri et manere tutores, intelleximus *supr.* Sed ut legitimam *ibi* tutelam diximus filiisfam. deferri non posse, ita nec is, qui arrogatur, eam retinere poterat, quia desinebat proximus esse agnatus pupillo. §. *ult.* I. *de legit. agnat. tut* Quod cum mutatum sit *N.* 118. *c.* 5. sequitur, ne legitimam quidem hodie per minimam capitis diminutionem tolli, ** olim *intervertebantur*, id est, per consequentiam peribant, ait Paulus in *l.* 7. *de cap. dim.* cujus mendosum in *princ.* textum corrigit Cujac. et ex eo Gothofr. aliter alii.

3. (c) Tertio, finitur tutela morte utriusque. §. 3 *h. t.* Pupilli, quia ad tuendam ejus personam comparata est. Tutoris, quia personali respectu, vel sanguinis, vel aptitudinis, ad ipsum delata fuit, qui cessat in herede, *l.* 16. §. 1. *de tut.* ubi sola legitima dicitur ad liberos perfectae aetatis transire, non qua heredes, sed ut proximos agnatos. *l.* 46. π *fam. ercisc.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 2.

(t) *Vide Viri ampliss. Corn. van Bynkershoeck Observ.* lib. 3. cap. 24.

* Conspirat hic Jus Sax. cum Jure Communi. Observari tamen meretur secundum Jus Saxon. Feudale per *Lehn. R. c.* 18. *c.* 26. pubertatem aestimari 13. ann. et 6. septimanis. v. Schilt. *ad Jus Alemann. Feud. c.* 50. §. 2. Philipp. *Us. Pract. L.* 1. *Ecl.* 86. *n.* 3. Carpz. *P.* 2. *C.* 11. *d.* 9. *et P.* 3. *C.* 28. *d.* 18. *n.* 2. unde Vasallus post annum 13. cum sex septimanis impletum, recte investituram petet, et ad Juramentum fidelitatis se offeret. vid. Schrader. *de feud. p.* 6. *c.* 2. *n.* 26.

** In Saxonia autem tutela agnatorum legitima minima capitis diminutione perire videtur, cum tutor per arrogationem agnationis jus potest amittere, *L. R. l.* 1. *a.* 23.

Quare nec de sua heres negligentia teneri dicitur in *l.* 4. §. 1. *de fidej. tut.* at conveniri potest heres ex dolo et lata tutoris culpa, non ex levi, *l.* 1. *C. de hered. tut.* quae est exceptio a *l.* 2. § 2 *de V. O.* ubi *Conditio obligationis ex persona heredum non immutatur.* Porro, quamvis heres tutoris, tutor non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per illum, si legitimae aetatis et masculus sit, explicari debent, ut tamen ultra dolum et latam culpam non teneatur. *l.* 1. *pr. de fidej. tut.* * Unde sequitur, tutorem defuncto pupillo, etiam teneri inchoata explicare et conservare, ut de negotiorum gestore et socio tradit *l.* 21. §. 2. *de negot. gest.* Sed an et is tunc levis culpae immunis est? Non videtur, ratio enim dispar ejus ab herede est. Quin et post pubertatem rationibus nondum redditis, quae coepta sunt, perficient tutores, quod de Curatoribus post perfectam aetatem monet *l* 5. §. 6. *de admin. tut.*

4 (d) Quarto, tutela ad conditionem (*sub conditione* fuerat in prima editione positionum ἀκυρολόγως, ut recte advertit Scholiastes noster *Posit.* 4 *h. t.* sed emendatum jam fuerat in editione sequente) vel certum tempus delata, existente conditione, vel die, finitur. §. 2. *et* 5. *h. t* In quo discrepat ab obligatione, cui finiendae dies ipso jure adjici non potest, § 3. *infr. de V. O* Ratio est, in obligatione agitur de jure pleno, quod sua natura perpetuum, in alios transferendo; sed tutelae natura temporaria est, pro defectu aetatis introducta. Quid si tutor cum alio pactus sit, ut is post certum tempus tutelam in se reciperet ac ipsum liberaret? Non valet pactio; ut judicatum in curia Frisiae, teste Sandio *l.* 2. *tit.* 9. *def.* 4. quia tutela certis modis finitur, *ait idem,* quos inter non est pactio. Adde, quia publicum munus est, cui privata pacta nihil derogant, *l.* 38. *de Pact.* Postremo, cum removetur tutor, ut suspectus, finitur officium, item cum excusatur, Nam et tum finiri tutela dicitur, §. *ult. h. t.* etsi nulla administratio fuerit: quia cum jure tutela non valet, excusatio nulla proponitur, *l* 13 §. 12 *de excusat.* proinde ubi excusatio instituitur, ibi tutela praexistit; ideoque si desinat, eam finiri necesse est: quae ratio sic valida satis est, ad occupandam objectionem, *quod excusatio potius praeveniat, quam finiat Tutelam.*

S c h o l i u m

Vide an non melius ad hanc objectionem responderi possit ex iis; quae infra Auctor. *tit.* 25, *n.* 19.

R e s p o n s i o.

Intentio Scholii est, excusationem esse modum finiendi tutelam, quod attinet ad eos casus speciales, quibus Tutela vetus deponitur, quae ratio hactenus recte se habet; nec tamen vetat, rationem a nobis adductam facere, ut excusatio generaliter sit modus finiendi tutelam, potius quam exceptis casibus duntaxat.

N. A d d i t.

Faciet utique, si constet, Imperatorem in d. §. ult. *tam duriore et parum concinna locutione generaliter excusationem dicere voluisse modum finiendi: jam vero loquitur in specie de iis, qui onus (scil. ulterius) administrandae tutelae deponunt. At quomodo deponere onus administrationis ille dici potest, qui numquam admistravit?*

His modis adde, cum vitium animi vel corporis tutori supervenit, quod administrationem et auctoritatem impediat, ut si mutus aut surdus fiat, *l.* 1. § 2. et. 3. *de Tutel.* at coecus, etsi non recte datur; *l.* 3. *C. Qui dar tut* tamen non desinit esse tutor, *l.* 16. *de auctorit.* Mente captus haud dubie tutelam amittit, non furiosus.

S c h o l i u m.

De hoc equidem nihil deprehendo in Legibus, sed Auctor eam affert rationem, quod mente captus nec possit dari Tutor. Hujus vero illam adducit, supra, quod mente captus non resipiscat

Ego nihil definio; praeprimis, cum utramque adsertionem nullis legibus corroboratam deprehendam, et ultima Medicorum decisioni relinquenda sit.

R e s p o n s i o.

Hoc deprehendit Lector, citatas leges agere de furioso: At hunc a demente separant leges, l. 8. de Tutor. dat. l. 2. de Inoff. Nihil igitur opus, ut quod de furiosis dictum est, ad dementes extendatur; furiosus non desinit esse tutor, ob spem τοῦ ἀνανήψαι, resipiscendi, *ut supra ex Theophilo habuimus. In dementibus, qui innocenter desipiunt, eam*

(d) *Pos* 4. 5. 6. 7.

* Cum enim contra regulam, a tutore nullam utilitatem ex tutela percipiente, levem culpam praestari placuerit, in herede illius ad regulam reverti, exacta saltem ab eo remissa diligentia, visum est Atque ita pron. Fac. jur. Lips. *Mens. Jul.* 1701. Menck. *Gymnas. Polem. Jur. Civ. D.* 11. *th*, 3.

spem deficere solere, non tam obscurum est, ut sine medicorum suffragio id affirmare verendum sit. In jure sic habemus; mente captos esse genus, eosque vel furiosos, qui coecitate quieta sed continua laborant, l. 25. C. de nupt *junctis* d l. 2. et d. l. 8. *Dementes etiam saepe* mente *capti vocantur, ut fit, nomen generis ut alteri speciei tribuatur*, d. l. 25. 25. *quanquam mente captos aliquando remissius accipi, dicetur in* tit. seq. n. 7. *Notum est, Tutoribus ad tempus impeditis, addi Curatorem pupillo; sed, ubi perpetuum est impedimentum, dari Tutores; quod est argumentum, Tutores, quod erant, esse desiisse, quemadmodum probavimus, ad* tit. ff de Tutor. dat. *nihil igitur scrupuli esse potest, quam ut differentia dementis et furiosi constet, quam satis evidenter demonstrasse videmur. Nam si is datur utiliter, ut dictum, quidni et maneat tutor? Sed perseverante furore, dabitur Curator*, l. 12. pr. de excus. tut.

N. Addit.

Nunquam negavi furorem et dementiam esse diversos morbos, ut adeo frustra Author se detineat in hujus propositionis nunquam in dubium vocatae probatione Dubitavi saltem de duabus assertionibus Authoris: Scilicet, (1) *quod mente captus non possit dari tutor*, (2) *quae prioris debet esse ratio, quod mente captus non resipiscat. Dubitavi inquam, non negavi, aut contrarium asserui Unde me non ferit, quando dicitur, ea, quae de furiosis dicuntur, non statim esse extendenda ad mente captos. Feriret, si asseruissem mente captum posse dari tutorem, quia furiosus dari potest. Sufficit, quod nec valeat argumentum Autoris Furiosus dari potest tutor, ergo mente captus non potest, quia est alia dementiae species, praeprimis cum nunquam in jure quoad effectus furor et dementia secernantur. Imo nec in ipsis legibus, quas adducit Auctor*, sc. in d. l. 8. §. 1. de Tutor. dat d. l. 2. de inoff *Separant ibi leges furiosum a demente, in effectu comparant. Igitur omnis vis latet in probatione secundae assertionis, qua ostensa facillime acquiesco. Sed hic nihil Autor, quam quod simpliciter contradicat: in dementibus, qui innocenter desipiunt, spem resipiscendi deficere, non tam obscurum esse, ut sine medicorum suffragio id affirmare verendum sit. Nam reliqua, quae sequuntur, omnia hic nihil probant, nisi id, de quo non quaeritur. Et si vero meum non sit contrarium probare, succurrit tamen praejudicium huc pertinens apud Carpzov*. prax. crimin. qu. 149. n. 40. verbis. So wird er wegen solcher begangenen und betannten Nothzucht, mit dem Schwerdt vom leben zum Zode billig gestrafft, und mag dem Gefangenen solche zuertannte Zodes. Straffe; dahero, dasz er vor 15. Jahren im Ropffe ver. ruckt gewesen, (*i. e. fuit mente captus, non furiosus*) weil sonderlich darsieder an ihm dergleichen Beschwerung nicht gespuret worden, (*vides ergo quod mente captus resipuerit*) nicht erlassen werden. *Caeterum fateor, mereri materiam de dementia et mentis capedine, ejusque quoad effectus juris a furore differentia, ulteriorem inquisitionem, et optandum esset, ut quis ea de re quid eruditi commentetur. Nam nec Zachias in quaestionibus medico-legalibus in omnibus hic satisfacit, nec qui forte alii de Dementia et Melancholia quid commentati sunt, a quibus saepe sine causa vapulat miser Zachias. Puto, mente captorum varia genera omnino hic secernenda esse. Puto, dari mente captos, quibus ne quidem tutor dandus, ut si quis, caetera sanae mentis, sibi imaginetur, se esse de butyro, de vitro confectum se habere nasum tres ulnas a facie porrectum, et quae sunt similia* *

5. (e Atqua hi sunt modi, quibus ipso jure tutela finitur. *arg. l.* 1. *de curat. fur.* Quod tamen non excludit tutoris officium admonendi pupillos, ut sibi petant curatores; alioqui neglectae admonitionis ille tenebitur. *l.* 5. §. 5. *de administ. tut* Ita, inquam, si pubertate finita sit tutela. Nam si excusatio, vel remotio suspecti a magistratu sit decreta, ipsius partes sunt alium dare tutorem. *l.* 11. § 1. *et* 2. *de testam. tut.* In casu mortis, Legitima tutela transit ad agnatum, ut *modo dict*. De Testamentaria sic est: Siquidem alii ex eodem testamento supersint, tunc in locum unius demuorti datur alius a magistratu, quia Legis ordo non obtinet nisi deficiente penitus testamentaria. Proin, nullo superstite, legitimus vocatur, *d. l* 11 §. *pen et ult.* ubi idem est in morte civili, dissentiente licet ibi Gothofredo; adde *l.* 3. §. *pen. de legit tut.* Nulla causa est, quare non idem, si conditionis, vel diei existentia finis tutelae adferatur, statuendum sit. Nam si unius, vel omnes ita tutores desierint, legitimus vocabitur; quod si alii supersint, cura magistratus erit alium surrogandi. *arg. d. l.* 11 §. *pen. et ult.* Matre ad secunda vota transeunte, legitimae, an dativae tutelae sit locus, saepe disputatur. Pro dativa facit textus in *l.* 2. *in fin. C. Quand. mul. tut. off. vers. Quod si feminae*; et memini, sic esse judicatum.

(e) *Pos.* 8. 9. 10.

* Conf. Thomas. *de praesumpt. furoris atque dementiae, Disp. H.* 1719. hab.

TIT. XXIII.

DE CURATORIBUS.

I. Minores invitos apud Romanos non fuisse Curatoribus subjectos. II. Definitio Curae et partitio tituli. III. Differentia tutelae et Curae. IV Cur testamento non detur Curator. V. De cura furiosor. et prodig. VI. Dativa num haec sit, an Legitima. VII. Cur L. XII. Tab. mente captis non dederit Curatorem. VIII. De Curatoribus qui pupillis dantur. IX De actore dando.

Post pubertatem Romae adolescentes, sumpta virili toga, in forum deductos gerendisque rebus admotos fuisse, *ad princ. tit. praec.* diximus, quo tempore in suam venisse tutelam, recipere tutelam suam dicebantur. *pr.* 1. *de pup. subst. l.* 39. *pr. eod.* Cicero *aliique passim.* Neque leges posthac gubernatores iis praeficiebant. Si qui indigentiores viderentur, his animum propinqui advertebant. Quia tamen infirmum est minoris aetatis consilium et multis captionibus suppositum, *l* 1. *pr. de min* ideo Praetor non tantum edixit, se restituturum minores in integrum, quoties lubrico aetatis capti essent, *tot. tit. de minor.* (quod beneficium *tutela minorum dicitur in d. l.* 1.) Verum ut illaesi potius servarentur, voluit minores sibi peterent curatores a magistratu, si modo vellent: cogi enim numquam potuerunt; minoribus * annorum desiderantibus dari solent Curatores, ait Papinianus in *l.* 13. §. 2. *de tut. et cur. dat* ipsis consentientibus, nec aliter. *l.* 2. §. *pen. et ult. Qui pet. tut. vel. curat. l.* 43. §. 3. *de Procur.* Sane multos sine curatoribus egisse, probat *l.* 7. §. 2. *de min.* ub *curatoribus solvi, si sunt.* Et in *l.* 3. *C. de in integ. restit.* aperte minores, vel habere curatores,vel sine iis constituti dicuntur; quod si lascivirent et bona sua prodigerent, tunc plane invitis datum curatorem, ex § 3 videbimus. (†) Consentaneum igitur moribus vetustis est, quod in §. 2 *I. de Curat.* habetur, *Inviti adolescentes curatores non accipiunt.* Proinde quod in *l* 1. §. *ult de minor.* scriptum est, *Nec ante rei suae administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus* de his minoribus accipiendum erit, quibus semel datus est Curator, *qui rem suam recipere volunt*, ut explicatur in *l. seq.* Licet tamen veniam aetatis a principe impetrare, adolescentibus 20. puellis 18. annorum, si frugi esse probentur, *l.* 2. *C. de his, qui ven. aet. imp.* maturius virginibus, quam maribus, nuptiarum exemplo.

2 (a) Definiri potest Cura; Potestas administrandi bona eorum, qui suis *rebus* ipsi superesse nequeunt; quibus verbis non modo curatores minorum, sed et furiosorum prodigorumque et pupillorum continentur. Nam de his tribus generibus agitur ordine in hoc titulo. Est et aliud quartum genus, qui ad res solas dantur, nec personas ullo modo spectant; ut sunt curatores bonorum, in quae missio est facta, et curatores ventrum; de quibus hic nihil. Sed qui dantur ad res actusque certos, de his obiter meminit §. 2 Quae praeterea sunt in *tribus primis positionibus*, de his *ad tit. ff. de Tutel.* vidobimus.

3. (b) Possunt hinc etiam colligi pleraeque convenientiae et discrepantiae tutelae atque curae. Conveniunt in his. Utraque publicum munus est, necessario his, quibus defertur, suscipiendum. Utraque defertur per eosdem Magistratus, in loco vel patrimonii vel paternae originis vel domicilii. *l. un. C. ubi pet. tut. vel cur.* Utraque in eorum gratiam, qui se suaque ipsi regere non possunt; inventa. In utraque locum habet Satisdatio, Excusatio et Accusatio suspecti, de quibus *infra.* Sed discrepantiae sunt insigniores; Tutela pupillos, cura puberes complectitur. Tutela ex L. XII. Tab cura moribus, aut a D. Marco stabilita. Tutela primo est Testamentaria, dein Legitima agnatorum. Cura numquam Testamentaria, numquam Legitima, nisi in prodigis et furiosis. Tutor datur, seu velint, seu nolint, pupillis; curator desiderantibus adultis. Tutor datur personis directe, rebus per consequentiam. Curator rebus directe; personis consequenter. Tutor certae causae dari nequit, potest Curator. Tutorem habenti non datur tutor, saepe Curator.

(a) *Pos.* 1. 2. et 6. (b) *Pos. 7. et seqq.*

(†) *Vide quae de hac quaestione, an invitis adolescentibus curator detur, erudite scripsit.* Hein. in Elem. jur. ad *h. t.* §. §. CCLXXI. et CCLXXII. et in Addit. ad Vinn. §. 2. Inst. h. t.

* Extendit se vero minorennitas Jure Civili usque ad ann. 25. *pr. I. h. de Curat.* sed Jure Saxon usque ad ann. 21. *Lehn-R.* c. 26 Carps. *P.* 2. *C.* 11. *D.* 6. Schilter. *ad ff. Ex.* 11. *th.* 27. *Coler. Dec.* 19. *n.* 4.

Tutor ante finem tutelae non tenetur: Curator adhuc perseverante cura, convenitur. *l.* 16. §. 1. *de tut. et rat. distr.* (c) Hae differentiae sunt juris Romani propriae. Nam mores hodierni discrimen tutelae et curae, impuberum atque minorum ignorant, ut testantur Gail. 2. *obs.* 96 *n.* t. Grot. *manud. e.* 6. quanquam apud Frisios hoc discrimen omnino * sublatum esse, non ausim adfirmare. Utimur quidem indistincte vocabulis, *Minderjarige*, *Onmondige*, *Voor monder*, sed et Graeci tam pupillos quam adultos vocant ἀφήλικας, tam Tutores quam Curatores κηδεμόνας, nec tamen ideo Graeca jurisprudentia hac parte a Latinis discrepat. Quin a Curia nostra judicatum reperio, eum, qui Tutor fuerat et administrationem continuaverat, absque nova confirmatione Magistratus pro curationis officio, non habuisse jus Curatoris in impediendis pupillae nuptiis, quemadmodum hoc lege datur Curatoribus Sic placuit, *in de sake van Frans Jacobs de Fries tegen Doct. Martinus Wybinga anno* 1619. Insigni argumento ejus quod dixi, jure nostro etiamnum tutelae curaeque discrimen habere locum; dix. latius in *collatione, quae est in Auspic. Domest. pag.* 81.

4. (d) Dantur autem Curatores ab iisdem Magistratibus, ait Imp. a quibus et tutores, §. t. *h. t.* sed cum hoc discrimine, quod tutores petantur ab aliis, curatores non nisi ab ipsis minoribus, *ut dictum* Sed *curator testamento non datur*, ait iterum Imp. quia testamentariam dationem XII. Tabulae statuunt, quae curam ignorant; quia Testamentaria datio jure fecta invitos obstringit, curator non datur invitis; quia pater non potest de rebus filii disponere in id tempus, quo sui juris et testamenti factionis capax futurus est, unde nec pupillaris substitutio puberi potest fieri. §. 8. *I. de pup. subst.* Datus tamen testamento curator decreto Praetoris confirmatur, *d.* §. 1. quod argumento est, dationem ipso jure non valere. *per l.* t. *de confirm tut* Confirmationis effectus est, ut curatori necessitas imponatur, non aeque ut adolescens cogatur; (e) quia, ut abunde probatum, invitis non datur curator, §. 2. *h. praeterquam in litem*, ait textus. Igitur minores, si judicio contendere velint, curatorem ad litem eligere coguntur; alioqui exceptione removentur, quod legitimam personam standi in judicio non habeant. *l.* 2. *qui leg. pers. st. in jud.* Ratio est, ne adolescentes judicia praetextu laesionis per beneficium restitutionis in integrum facile rescinderent, et sic adversarios sumptibus gravatos eluderent. Quanquam enim Restitutio ne quidem; si Curatorem habentes sint laesi, negatur, *l.* 2. *et* 3. *C. si tut vel cur. interven.* id tamen, *cognita scilicet causa*, fit, *l. ult. de rest. in int.* neque enim laesio facile tunc praesumitur, nec crebro concedi solet restitutio, quia in hunc finem dantur Curatores, ut causae minoribus integrae potius maneant, quam legis remedium quaeratur. Haec res docet generaliter, quoties minori cum alio negotium intercedit, a quo potest restitui, si id procedere velit, eum posse ab altero compelli ad curatorem adhibendum, l. 7. §. 2. *de minor.* ubi exemplo solutionis rem declarat. **

5. (f) Diximus, Curationem non esse Legitimam, neque agnatis deferri, exceptis furiosis et prodigis, quos Lex XII. Tab. in potestate agnatorum gentiliumque esse voluit. §. 3. Verba citat Cic. 2. *de invent. Si furiosus existat, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*; si puberes, inquam, sint; nam impuberes furiosi Tutores accipiunt. *l.* 3. *pr. de tut.* Furiosi qui sint, per se patet, nempe animi quadam rabie agitati. Prodigos dicimus, quibus ob luxuriam et sumptus insanos, bonis interdictum est *l.* 1. *et* 10. *de cur. fur.* Hi cum furiosis passim comparantur, quia furiosorum exitum quod ad bona patiuntur, ut D. Pius loquitur in *l.* 12. §. 2. *de tut. dat.* Etsi enim, *ut idem*, ex sermonibus mentis compotes videantur, tamen revera *sui* non sunt, ut de furiosis ait *l.* 7. §. 9. *quib. ex caus. in poss.* hoc est, sui non compotes, sed libidinibus serviunt. *Exisse ex potestate dicimus eos, qui effrenati feruntur libidine*, ait Cic. 3. *Tusc.* quia non *in potestate mentis*, ideoque *insani* appellantur. Moraliter sola quidem luxuria Prodigum constituit, sed quia facti res est et incertum quoad usque morum insania processerit et magna est ejus rei latitudo, cum et multi ad tempus in transversum acti, brevi in rectam se revocent viam, cognitio Magistratus adhibenda est; qui, si insanabilem reperiat, bonis interdicit, ea, quae apud Paulum est, formula. *l.* 3. *tit.* 4. §. 7. *Quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re (vel aere) commercioque incerdico.* Juridice

(c) *Pos.* 18. (d) *Pos.* 8. 9. (e) *Pos.* 12. (f) *Pos.* 19. *et seqq.*

* Nec aliud de Jure Saxonico dici potest, unde qui tutoris munus gessit, a Cura excusationem etiam in Saxonia habet. vid. Carpz. *P.* 2. *C.* 11, *D.* 10. conf. tamen Schilter. *ad ff. Exerc.* 30. *th.* 61.

** Hodie indistincte minores inviti curatores accipere debent, per *R. I. d. a.* 1577. *t.* 32. §. 1. quod etiam in Saxonia obtinet.

igitur, duo in prodigo requiruntur, effrenes sumptus, et prohibitio Magistratus. Quae ubi facta non est, valent quae a profusissimo quoque geruntur, ut de tutore aperto prodigo, si Praetori obreptum sit eique non interdixerit, indicatur *l.* 55. § *ult. de administr. tut.* adde *l.* 8. *Pro emptore*. Nec potest esse verum, quod aliqui volunt, prodigia *ipso jure* bonis interdici, non facto. Secus expresse in *l.* 10. *pr. de cur. fur. ubi nihil transferre possunt.* non quia luxuriosi, sed ob interdictum, quod facti esse, probat *l.* 15. *eodem*, *Interdici potest.* item *l.* 27. *pr. de minor.* ut *debeat* interdici. Quin diserte per Praetorem id fieri dicitur. *d. l.* 10. Et res clara est, non potuisse id sine officio magistratus explicari: adeo ut quid sibi velint nescim, qui hoc negant, quos inter Fachin. 2. *contr.* 63 qui meliores multo rationes pro ea, quam improbat, quam sua seotentia, profert. An si prodigo *Lege* bonis interdicitur, *l* 18 *Qui test. fac* id est secundum legem XII. Tab. *h.* §. 3. ideo ministerium Magistratus excluditur? Quasi non et alias Tutores *Lege* Atilia et tamen a Magistratu dentur. Eadem ratione prodigus non potest pro tali desinere haberi, nec Curae suae restitui, nisi magistratus cognoverit eum frugi factum, et decreverit esse restituendum. Quomodo enim res incertissimi facti immediate a Lege decerni possot? Plusculum hic scrupuli movet *l* 1. *de cur. fur. Ubi* qui sanos mores receperit, *ipso jure*, desinit esse in potestate Curatorum. Quid si ita? Ao aliquis sit, vel desierit esse prodigus, id facti est, et cognitionem postulat; sed decreto interposito, tunc immediata vi Legis curatio ad Agnatos pertinet, ut de legitima tutela dictum; cognito frugi esse, tunc in continenti curatio finitur; nisi respondere malis, verba *ipso jure* in *d. l.* 1. id velle, quod, ubi constat, eum recta mores via instituere, necessaria vi Legis, quae pro arbitrio magistratus mutari nequeat, Cura sit abroganda. Caeterum furiosi habent intervalla, vel obscura et brevia, vel perspicua et longiora. De prioribus elegantissime Celsus in *l.* 18 §. 1. *de adq poss Si forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus*, cum furor languet magis quam intermittit; et tunc nihil recte agunt, ut *idem*: sed *remissione* longiori et *dilucidis intervallis*, non modo testamentum condere, *l.* 2. *C. Qui test. fac.* sed omnia gerere potest *ὡσανεὶ σωφρὼν*, *tanquam sapiens*; nam etsi curator interim maneat, administratio tamen et auctoritas ejus cessat *ἐν τῷ καιρῷ ἀπολιμμάτων tempore intervallorum*, ut Justinianus decidit in *l* 6 *C. de cur. fur.* Idemne in prodigis, ubi ad tempus sibi temperant? Etsi cum furiosis conferri soleant, hic tamen alia ratio videtur, quia luxuria ad breve dissimulatur, furor simulari forte, at dissimulari nunquam potest. Intermissio se ipsam ostendit, nec fallit in furioso, contra quam in prodigo; qui idcirco post interdictionem nihil transferre potest ullo tempore. *l.* 10. *de cur fur.*

6. (g) *Furiosi et prodigi*, habet textus §. 3. *in curatione sunt agnatorum*, *ex L. XII. Tab.* Sed *solent Romae Pr. V. vel Praet. et in provinciis Praes. eis dare curatores.* Quod communiter ita intelligunt, ut magistratus tum demum Curatores dent, cum agnati sunt nulli, vel inhabiles. *arg. l.* 13. *de cur. fur.* Sed vereor, ut hic textus et *l.* 1. *d. t.* eam explicationem recipiant. Cura est *agnatorum ex* L. XII. *Tab.* ait hic §. 3. *Sed*, nota adversativam particulam, *solent Romae etc.* Ergo solet aliter fieri, quam olim ex Lege. Clarius in *d l.* 1. ubi, *Leg XII. etc. Sed solent. hodie Praetores vel Praesides curatorem dare.* Nota *Lege XII.* id est, *olim*; rursus, sed *hodie*; manifesta oppositio. Plane Ulpianus docet, ab initio *moribus* curatorem dari solitum, hoc a decemviris in XII. tabulas relatum, postremo dationem denuo invaluisse moribus. Proinde illis adsensarim, qui hodie omnes curatores, etiam hos, censent dativos esse. Ideo et titulo de *Tutoribus datis*, agitur de curatoribus prodigorum *l.* 12. non in titulo *de Legitimis*. Nempe eodem tempore, quo magistratus bonis interdicebat, dare consuevit et curatorem. Imo et furiosis, ubi interdicto opus non erat, datus fuit curator, *l.* 8. §. *ult. de tut. dat.* non modo si agnati deficerent, verum semper. Ratio enim, quae causae cognitionem adhibere Praetorem jubet in *l.* 6. *de curat. fur.* perpetua est: *quoniam plerique vel furorem vel dementiam fingunt, quo magis, curatore accepto, onera civilia detrectent.* Hoc scopo lex se frustraretur, si immediato, inscio magistratu, Agnati vocarentur. Nulli igitur sunt Legitimi Curatores directe et necessario; sed tamen Praetor non solet agnatos temere praeterire, si habiles fuerint, quos hactenus *legitimos* vocare licet, quia lex eos Praetori monstrat; sic cape *d. l.* 12. Etiam Filius Patri furioso curator recte datur, quod veteres negabant, quasi indecorum esset, patrem a filio regi. Sed D. Pius eximit hunc scrupulum, *l.* 12. §. 1. *de tut. dat.* quia inter furiosum utique et infantem nihil interest. Sed et in prodigo Patre idem juris esse, Rescriptum Pii et *l.* 1. §. *ult. de cur. fur.* indicant. Praestat enim, bona per filium, si is tam probus sit, quam extraneum regi, et egregie Ulpianus *l.* 4. *d. t.* non esse *hoc regimen potestatis quam pietatis*, ratiocinatur.

(g) *Pos.* 24.

7. (h) Furor et dementia differunt, in *l.* 8. *de tut. dat.* ut furiosi et dementes, *l.* 2. *de inuff.* vel mente capti §. 3. *et* 4. *h. t.* Est quidem furiosus etiam demens et in eo conveniunt, quod neuter sanae mentis sit. *d. l.* 2. Sed hoc peculiare habeot, quod furiosus rabie animi agitetur, saepe cum intervallis; mente captus coecitatu quieta sed continua laberet. De furiosis lege XII. Tab. cautum fuit, de mente captis uihil; quibus dari curatores a Magistratu aine legis mentione dicuntur. §. 4 *h.* Quae si ita sunt, miror causam ab interpretibus non reddi, cur Lex Agnatos non seque mente captis, quam furiosis praefecerit, cum ratio utrobique sit eadem, mentis in utroque coecitas et spes successionis. Nos *lib.* 3. *Digression. c.* 18. probavimus, Decemviros per furiosos intelligere omnes qui nullum rationis usum habent, sed in omnibus errant, ad omnia ceecutiunt, iosanos autem, qui non sunt integrae meotis constituti, qui ad officia et cultum communis vitae mediocriter sufficiunt. Et sic ratio potest reddi, cur mente captis Curator non sit datus, sed perinde ut mutus et surdus, Magistratui relinquaetur. Opus enim est cognitione, an non ipse, qui male saeus dicitur, qualitercumque suis rebus sufficiat. Nam ejusmodi homines, qui habent aliquem sensum, licet debilem et imminutum, posse testamentum condere, et matrimonium inire, Sandius noster multa auctoritate et praejudiciis confirmat. *lib.* 2. *tit.* 1. *def. ult.* Idem de mutis, surdis et perpetuo morbo afflictis judicandum, quibus non promiscue obtruditur Curater, §. 4. cum neu desint ita affecti, qui sine Curatore suis rebus superesse possunt, atque incivile est dicere, hos cogi ad accipiendum Rectorem, sed, ut de minoribus antea dintum, desiderantibus curatio decernenda. In favorem eorum receptum est, ut Curatores qui dantur, ad eos se applicare cogantur, idemque in odium et gravamen minime traheedum, *vid. l* 65. §. 3. *ad Se. Trebell.* Coecis vero nusquam legitur Curater dari; quoniam hi non aeque res suas administrare impediuntur, quam muti et surdi. Praecipuum vitae humanae et commercii instrumentum est sermo, cujus facultate coeci fruuntur. Unde hi creberrimum stipulationis contractum recte celebrant, non muti surdique. §. 7. *I. de inutil. stip* Adde, quod mutos et surdos saepe quaedam judicii infirmitas et hebetudo comitatur, in coecis intentior fere acrimonia observetur, ut multis Cicero probat 5. *Tuscul. sub finem*, ubi Democritus luminibus amissis, *impediri etiam animi aciem adspectu oculorum*, praedicabat.

8. (i) Sequitur Tertium genus Cursturum, *qui pupillis dantur*; quod duobus casibus in §. 5. *h. t.* fieri dicitur; si tuteres, ques habent, non sint idonei, vel si pro tempore excusati fuerint. Inidonei autem sunt, vel ob culpam tantum, vel etiam ob dolum. Legitimo Tutori indistincte Curator adjungitur. Testamentario et dativo, si ob culpam solam inepti sint; nam fraudulenti removentur cum infamia, §. 6. *I. de suspect. tut.* quod in legitimum non decernitur *l.* 9. *D. eod.* In textu utrobique est, *non idoneus*, Theoph. eleganter de legitimo, ἐὰν οὐκ ἀξιόπιστος, *si non est fide dignus*, de reliquis, ἢ ἀναρμόδιος ᾖ πρὸς διοίκησιν, *si ineptus ad administrandum sit.* Secundus casus est, cum tutor jam constitutus, ad tempus excusatur, ut si Reipubl. causa abesse inceperit. §. 2. *I. de excus.* Nam quia non nisi ab administratione excusatur, ac vere tutor manet, alteri tutori locus non sit, propter regulam juris antiquam; *Habenti tutorem tutor dari non potust*; quod hic et *l.* 27. *de tust. tut.* inculcatur, ut et recentiori jure, *l.* 9. *C. qui dar. tut. l* 9. *C qui pet. tut.* Enimvero posse eodem tempore plures uni tutores dari, in dubio caret. *l.* 23. *de tut. ut cur. dat.* De ratione hujus regulae disputavimus *lib.* 3. *Digress. cap.* 19. Caeterum Interpretes tot exceptiones hujus regulae collegerunt, ut verendum sit, ne non ipsam regulam absorbeant, ac prope melius dici videatur; Tutorem habenti aliquando Tutorem, aliquando Curatorem dari. Tamen nihil mutandum, et multae ut exceptiones proferuntur, quae non sunt, ut probatum videbitis *ad tit. ff. de Tutor. dat.*

9. (k) Porro cum tutor morbo aliave necessitate ita coarctatus est, ut tutelae satis intentus esse nequeat, potest Actorem constituere ex decreto quidem Magistratus, sed proprio periculo, cum curator sine ejus voluntate datus, ipse satisdet. §. *ult. de curat.* Rerum domini mandant res suas Procuratoribus *l.* 1. *de Procur.* sed quia Tutor dominus non est, licet domini loco, *l.* 27. *de administ.* ideo is, cui mandat vices suas, vim Procuratoris quidem obtinet, sed nomine Actoris distinguitur. Verum pupillus, si praesens sit et fandi potens, auctore tutore, utpote dominus, procuratorem recte constituit; imo et ipse Tutor procuratorem in judicio facere potest, modo litem primo sit contestatus, quia tunc Dominus est litis, haec sunt in *l.* 11. *C. de Proc.* Adde quae dicentur *ad tit. ff. de Tutel.*

(h) *Pos.* 25. *et seqq.* (i) *Pos.* 28. (k) *Pos.* 29.

TIT. XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM.

I. De satisdatione Tutorum, et quinam regulariter satisdent. II. Quinam extra ordinem, ubi et de Administratoribus. III. De actione subsidiaria, et adversus quos Magistratus detur.

(a) Romanis legibus magna cura provisum est, ut omni modo pupilli indemnes praestarentur; non est enim de nihilo, quod Caesar ait, in *N.* 72. c. 6. Τὰ τῶν κηδεμονίων ἀσεβῶς εἰς ἑαυτοὺς τρέψαι, *Res pupillorum impie in se vertere*, τὸ πρᾶγμα ἐράσμιόν τε καὶ ἐπίδρομον, id *rem* vocat *amabilem et appetibilem*. Ideo non tantum actio personalis in tutorem, finito officio datur, de qua *dictum*, sed et tutores atque Curatores *satisdare* coguntur. *tit. Inst. de satisd. tut.* Id est, datis fidejussoribus, pupillum facere securum. *l.* 1. *Qui satisd. cog.* Pupillus stipulatur rem suam fore salvam a Tutore, per se, cum fari potest, vel servum proprium aut publicum *l.* 2. *ff. rem. pup.* Tutor id spondet, ac fidejussores addit, ut, si evenist ipsum desinere esse solvendo, damnum pupillo ab his sarciatur. Praeter quam satisdationem hodie insuper juramento tutores adstringuntur. *Auth. Quod nunc. C. de cur. fur. ex N.* 72. *c. ult.* Officium exigendi satisdationem, Magistratibus incumbit minoribus, per. municipia duumviris, Romae scribis. *l. ult. C. de magist conven.* Majores, ut Praetor et Praeses, non dant Tutores cum satisdatione, §. *ult. h. t.* sed ex inquisitione, qua recte adhibita, vix periculum est, ne tutor male se gerat. In Curatoribus igitur, quoad satisdationem, est simplex distinctio. Quos dant majores magistratus, hi non satisdant, sed qui a minoribus dantur, omnino. In Tutoribus triplex discrimen est. Legittimi satisdant semper, Testamentarii numquam, quia paterno judicio idonei creduntur electi. *l.* 7. §. 5. *C. de cur. fur.* In dativis eadem est differentia, quae in Curatoribus: dati per majores magistratus sunt liberi a satisdando, quia inquisitio instar paterni Judicii est, et pro vinculo cedit cautionis, *l.* 13. *in fin. de tut dat.* dati a minoribus omnes satisdant. *in princ. I. h. t.* Etiam in his distinguendum, qui testamento, nec jure dantur, qui vel a patre sunt, vel ab alio. Qui a patre, pro testamentariis hac parte habentur, *l.* 3 *de confirm tut.* qui ab extraneo, pro dativis, *l.* 5. *eod* quam alii graviter obstare *l.* 3. scribunt, cum nihil sit planius. Ergo hi a majoribus confirmati, inquisitionem requirirunt; a minoribus, fidejussorem praestant. *d. l.* 5. In summa, pars dimidia fere satisdat.

2. (b) Est tamen casus quo testamentarii quoque et ex inquisitione dati satisdant; videlicet, si plures sint dati, et unus ex illis Administratorem se offerat. §. 1. *h t.* Nam inutile habetur, ut per multos tutela spargatur, quod fere negligentiam et confusionem parit. *l.* 3. §. 6. *de administr. tut.* Ideo si modica fit tutela, uni administratio defertur, reliqui sunt quasi honorarii et inspectores. *d. l.* 3. §. 2. Si diffusa; divisio instituitur. Cum unus sufficit, primus locus ei datur qui se offert, sic tamen ut reliquis optionem deferat, si quis eorum sit paratus: tum qui primus est locutus, cedere debet, ne se ingerere videatur. *Primus* igitur est, qui provocatur. *Secundus*, qui ultro se obtulit, et hi omnimode satisdare majoremque caeteris *diligentiam* adhibere debent, adeoque levissimam praestare culpam *l.* 55. §. 3. *de furt.* Nemine offerente se, *tertio* loco vocatur is, qui a Testatore Administrator designatus est, merito enim Patris statur voluntate, nisi Praetor id inconsultum reperiet. *d. l.* 3. §. 1. *et* 3. Commodum autem satisdationis efficit, ut offerentibus se Testamentarius postponatur. Si nullus Testamento nominatus sit, *quartus* ordo est ejus, qui a majori tutorum parte eligitur. *d. l.* 3. §. 7. Cum nec hi convenire possunt, *quinto* Praetor administratorem constituit. De sorte, quae crebro in talibus adhibatur, nihil proditum, et merito, quia de suo quisque patrimonio potest quidem sorte decidere; at pupilli utilitatem ancipiti eventu definiri, non expedit. Quod si electo a Praetore contutores diffidant, non est postulandum, ut succedanei alieno periculo esse velint, (tenentur enim, si male administrantem suspectum non dixerint) sed permittendum, ut omnes potius simul administrent, *d l.* 3. §. *pen.* vel dividatur Tutela, §. *f. d l* id est, administratio per genera negotiorum, vel per vices temporum, aut regiones patrimonii distribuatur *tit. C. de divid. tut.*

3. (c) Si nec tutorum nec fidejussorum bona sufficiant, ultimum pupillis subsidium contra Magistratus comparatum est, Actione, quae ex re, *Subsidiaria* dicitur, non modo propterea, quod nullos exegerint, sed si nec idoneos exegerint fidejussores; §. 2. *h t.* de quo si dubitetur, probandum a Magistratu, quod cum darentur, idonei

(a) *Pos.* 1. *et seqq.* (b) *Pos* 7. *et seqq* (c) *Pos.* 16. *et* 17.

fuerint. *l.* 1. §. 13. *de magistr. conv.* Quamdiu autem tutorum aut fidejussorum vel unus superest oxcutiendus, ad magistratum perveniri nequit. *l.* 4. *C. eod.* Qood est igitur io *l.* 1, §. 15. *de tut. et rat.* abrupte seriptum, *ad contutores non venitur*, sed *prius ad magistratus*, de eootutoribus intelligendum, qui divsam a Testatore, vel a Judieo tutelam babeot, neo teneotur, uisi de neglecta aceusatione suapecti. *d. l.* §. 15. *et l.* 2. *C. de divid. tut.* Divisinois benefioium, oisi in dalo sint, exemplo tutorum babent, *l* 7. *de Magistr. conven.* ct beredes ex lata, noo levi culpa relinquunt obligatos perinde ut Tutores. *l.* 2. *C. d. t.* Caeterum, oun dari haoo aetionem contra majores magistratus, sed eos, qoi satisdatiooom oxigere aoleut, per se liquet, ct est *in* §. *ult h. t.* Nam eujus plane ab officio aliena ost cura satisdatioms, is propter neglectum ejos argui oon potest. Cogere tamen invitum tutorem ad satisdandum, quod fit *captis pignoribus*, §. 3. *h t.* major magistratus debet, qni oum imperiu est; his eoim solis cumpetit executio; et modica coërnitiu, *l. ult.* §. 1. *de off. ej. cui mand.* ut pignora eapere, oorpus detiocro, muletam diecre *l.* 3. *C. de susp. tut. d.* (d) Moribus saeculi satisdatinnes partim suot necessariae et perpetuae, partim Arbitrariae. In Germania * perpetuas esse, testatur Mynsig *ad princ. Inst. h. t.* ubi citat *part.* 2. *Recess. Imp. tit. de pupillis.* Hune cuotra o diametro A. Matth *ad d princ.* oullum satisdatioois usum io Imp Rom. superesse affirmat, sed jurare tutores, quod sancitum ait Aug. Viod anno 1548, buc tom scil. iguuravit Mynsig qui ad Institut. scripsit anno 1533. Alibi satisdationes sunt, ut diotum, arbitrariae, Grot. 1. *manud.* 9. *pr.* alibi inusitatae, auffieieoto juramento, uisl tutor obseratus vel suspectus ait Sand. *l.* 2 *tit.* 9. *de fin.* 9. De moribus aliorum vide Voet. *ad* §. *ult. h t. n.* 3. et Scholiasten oostrum ad *Pesit. pen. h. t.* qui sio ait:

SCHOLIUM.

Non tamen nestris, scilicet moribus, obsolevit actio subsidiaria, Phil. Eel. 89. ex Carpz. p. 2. e. 11. d. 41.

RESPONSIO.

Sed neque nostris moribus, quatenus satisdatio adhuc requiritur, ** *ut est apud* Sand. d. loe.

N. ADDIT.

Habes hio exemplum, quod non semper ea vel fide vel diligentia adhibita scholia nostra inseruerit praelectionibus Auter, quam a tam erudite et ingenuo viro, qualem Autor alias se exhibere solitus fuit, expoctabatur. Ita concepta est positie 16. ad h. t. Aetiu vero aubsidiarie; quae dabatur io Magistratus minores ex eo, quod oou exegeraot fidejussores, vel aaltem noo idoneos, moribus hodiernie omoiuo cossat. *Ad istam Pesitionem Schelion meum:* Noo tamen uostris. *Ad hoe Scholion respensio Autoris:* Sed neque uostris muribus, quateous satisdatio adhuc requiritur. *Quid hoc est? Cur status controversiae mutatur? Cur cum sibi ipsi Autor contradicat, Schelion meum ita proponitur, ac si ad illud pertineat responsio, ac si ege non intellexissem, qua de re ageretur? Ut tamen nihil dissimulem, quid jam sentiam, puto, Scholium meum sic emendandum osse. Non prehibitum esse hodie, ne quis actionem subsidiariam instituat, vix tamen eam institui, adeoque rara ejus exempla estendi posse: Non alienum erit, hic ea adscribere, quae dictavi in lectionibus publicis ad Institutiones* Justiniani. Moribus Germaoiae antiquioribus, legitimi tutores nullam praestabant cantionem, legitimis dativi eavebant, Landr. *lib.* 1. *art.* 23. testamentarii non eraot, quia uoo ereot testamenta. Post introduotum Jus Justioisoeum in Aeoademias Germaoiae, ab hujus Professoribus haud dubie suppeditatum fuit statibus Imperii, ut renessibus Imperii insereretur, tntores omnes debere praestare cautionem et fidejussoriam et juratoriam. *R. I. de a* 1548. *et* 1577. Quod cum omoi ratiooe destitueretur, et repugnaret principiis juris tam Romaoi, quam Germanici, merito neglcotum fuit utrumque iu praxi n Magistratu io toto Imperio. Nam regulariter Magistratus inquirit lo mores omoium tutorum, oeque dat tutelae officium nisi illis, qui bona immobilia possident *Conf. Hoppium et Noricum ad Inst. h. t.* Neque tamen

(d) *Pos.* 15.

* Usus Saxoniae aasisdationis necessitatem remisit. Nam sicuti tutores, proximi heredes pupilli, ab ea per textum *des Land-R.* L. I. *art.* 23. *liberantur.* Schilt. *ad ff. i. e.* §. 90. Ita nec a testamentariis vel dativis cautio exigi solet, teste Carpzovio *L.* 5. *Resp.* 82. *n.* 14.

** Imo licet apud nos satisdationem amplius a tutoribus non exigant, tamen actio subsidiaria non plane cessat. vid. Hop. *in Us. Mod. ad* §. 3. *I. h.* Carpz. *p.* 2. *C.* 11. *d.* 41. Schilter. *Ex.* 37. th. 200. Conf. *Rescriptum Joh. Georg.* 1. *Ed. Sax.* 1652. *v. propter periculum subsidiariae actionis, welche denen unmundigen auf solchen Fall wieder denselben als den Magistrat und Ober-Vormunden zustehen. Leipzig.* Statuta p. 267. Fac. Dec. El. 41.

moribus Germaniae ipso jure liberati sunt, aut consuetudine tueri se possunt magistratus, si conveniantur actione subsidiaria, quia hac actione etiam conveniuntur, qui non dederunt fidejussores idoneos. Interim certum est, actionem subsidiariam aeque raram esse in praxi, quam exactionem cautionis et juramenti a Tutoribus, quia videlicet rationes politicae dissuadent privatis actiones contra Magistratum. *Hactenus dictata. Quibus non obstant praejudicia ap. Carpzovium in Scholio allegatum; ut quae pronunciant saltem, quod actio dari possit, non proferunt exempla, quod actio instituta fuerit cum effectu.*

TIT. XXV.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

I. De Excusatione ejusque causa prima, numero liberorum. II. Administratio fisci. III. Absentia Reip. causa. IV. Potestas. V. Onus trium tutelarum. VI. Paupertas. VII. Morbus VIII. Imperitia literarum. IX. Inimicitia. X. Senectus. XI. Artes liberales. XII. Tutela gesta, et veteribus tutelis has causas non convenire. XIII. Quo tempore proponenda excus. et hodie non appellari immediate. XIV. Causae prohibitionum; vitia Naturae et minor aetas. XV. Lis inter pupillum et tutorem. XVI. Matrimonium. XVII. Militia. XVIII. Clericatus. XIX. Excusandi verbum an et illis tribuatur, qui prohibentur. XX. Etiam Legitimos tutores excusari. XXI. Tutorem falsa causa excusatum non esse liberum.

(a) Tutela et Curatio sunt munera civilia, id est publica, *l. fin.* §. 28. *de Muner. et honor.* quia publica necessitate omnibus imponuntur, *pr. l. de excus. tut. l.* 9 *de his, qui sui vel. al.* quamquam alio sensu non sunt munera Reipubl. quatenus ad privata patrimonia dantur. *l.* 6. §. 15. *de excus. tut.* Separatur etiam tutela a muneribus civilibus: *l.* 8. §. 1. *de vac. et exc* quia sub generali vacatione munerum non continetur excusatio a tutela, sed specialem requirit mentionem legis. l. 15. §. 12. *l.* 17. §. 3. *de excus.* Caeterum regula est, omnes cogi ad munera, *ne desint, qui necessaria in Rebus publicis obeant l.* 1. *pr. de vac. et exc.* Ergo et invitis tutela et cura imponitur, quamquam Plato Tutores nolebat quam ἑκόντας τε καὶ ὁμολογοῦντας constitui, *l.* 11. *de LL.* quod aequitate quidem erga tutores, sed Lex Romana utilitate pupillorum praestat: quia quo quisque magis invitus, eo fide potior habetur, et dum magistratus idoneum simul ac volentem, quod in re onerosa non facile est, conquirit, pupillus defensore careret. Causae igitur excusationis diligenter sunt traditae *tit. Inst. et D. excusat. tut.* propter quas liceat ἀποφεύγειν τὸ τοῦ κηδεμονίας ἄχθος, ait eleganter Theoph. §. 3. Nos in iis ordinem Imperatoris sequemur, qui in omnibus fere non tantum aequitatem pro tutoribus, ne qui has causas habent, onerentur, sed et utilitatem pupillorum spectavit: ne qui his causis sint impediti, ad tutelam minus attendant. (b) Distinguuntur autem causae Justinianeae, in excusatorias proprie dictas et prohibitorias. Ex his Imperator primam ponit *multitudinem liberorum*, *in pr. h. t.* Nam Romae fuit celebre jus *trium liberorum*, quos qui in urbe haberet, a muneribus personarum et nominatim a tutela curaque immunis erat; idemque jus in Italia quatuor, in provinciis quinque habenti indultum. *pr. h. t.* Nempe Italiam non esse provinciam, tritum est; (1) hanc enim dicimus regionem, quae armis a populo Romano subacta, missis Roma Magistratibus gubernabatur, cum Itali omnes socii, nec tantum liberi, sed plerique cives fuerint. Liberi autem, ut prosint, debent esse naturales, legitimi, vivi, *h. pr.* non prosunt igitur adoptivi, vid. *ad tit.* 11. *n.* 6. illegitimi, *l.* 2. §. 3. *h. t.* qui in ventre sunt, §. 6. neque mortui, §. 4. nisi bello perierint, *hoc* est in acie, non per aliam belli causam, ut in obsidione, *fin. h. pr. l.* 18. *h. t.* in conflictu, inquam, hostili. Magnificam addit rationem Imp. *Qui pro Rep. ceciderunt, hi in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*; pulcher locus innumeris veterum [illegible], cui vacet, illustrandus. Liberi tamen mortuorum prosunt avo, ita ut patrem repraesentent, *hoc pr.* sed nepotes ex filiabus patri vel Avo paterno, non materno imputantur. *l.* 3. *C. de his, qui num. lib.* Mirum autem, captos ab hoste non numerari. *l.* 2. *C. de his qui num. lib.* An ut cives

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3.

(1) *Consule Hein. in addit. ad Vinn. ad* h. t.

R. virtute bellica potius, quam clementia hostium niterentur. *arg. l.* 12. *pr. de cap. et de postl.*?

2. (c) *Secunda* excusatio est ejus, qui res fisci administrat, §. 1. et qui res dominicas. *l.* 41. *h. t.* Per fiscum intelliguntur bona, quae Princeps qua Princeps et caput Reip. habet, per res dominicas, patrimonium principis privatum, quae olim *res Caesaris*: ab utrisque olim discrepabat aerarium, quod tamen et heic sub fisco continetur, *dix. lib.* 3. *Digress.* c. 21. Per eum autem, *qui res fisci administrat, in d.* §. 1. videntur omnes, qui curam alicujus rei a Principe acceperunt, intelligi, *l.* 22. §. 1. *de excus.* etiam conductores vectigalium *l. un. in fin. C. ne tut. vel cur. vectig. cond.* Exactores tributorum. *l.* 10. *C. de excus. tut.* Coloni Principis. *l. ult C. Qui dar. tut. v* e Ratio hujus caussae non tantum est, ut res fisci exacte et ab eo, qui tantum hoc agit, curentur, sed quia fiscus et pupilli adversus administratores suos praecipua utrique jura habent, quae si concurrant, ἀνάγκη, ait Theoph. *hic*, ἢ βλάψαι τὸν φίσκον, *necesse est, vel fiscum laedi*, ἢ τὰ τῶν νέων ἐλαττῶσαι δίκαια, *vel adolescentum jura imminui.* Civitates autem cum privilegiis fisci careant, *l.* 10 *ad munic. l.* 2. *C. de jur. Reip.* sequitur, earum administratores non excusari; cum ad hoc speciali lege sit opus; adde *l.* 15. *et* 16. *de V. S.* Imo diserte in *l.* 15. §. 7. *h. t.* λογιστεία, *ratiocinatio*, quaestura *civitatis*, ne quidem juncta cum duabus tutelis, prodest.

3. (d) Tertio excusat absentia Reip. causa, §. 2. *h. t.* cui aequum est privata cedere, qualis potiore sensu tutela est sine dubio. Balduinus, Vinnius, aliique Interpp. *hic*, ut doceant, qui Reip. causa absint, ablegant nos ad *tit. D. ex quib. caus. maj. in l.* 32. *et seqq et pass.* sed vix tuto. Nam ibi de restitutione in integrum agitur, quam Praetor dat praecipue quidem propter absentiam Reip. causa; sed et ipse et JCti hanc latius extenderunt ad quamvis necessariam, *imo* justam et probabilem causam, veluti studiorum, in *l.* 1. *in fin. l.* 28. *pr.* etiam ad legatos municipiorum, *l.* 8. *l.* 35. §. 8. *Imo legatum civitatis restitui aequissimum est, licet Reipubl. causa non absit*, ait Ulp. in *l.* 26. §. 9. Sed excusatio a tutelis stricte accipitur, nec ad similia sine lege expressa produci potest: nulli competit, nisi cui nominatim id privilegium indultum sit. *l.* 15. §. 12. *l.* 17. §. 3. *h. t.* Quin Modest. in *l.* 10. *pr.* populo Rom. causam hanc diserte applicat. δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα. Non magis igitur absentia civitatis causa, quam administratio excusabit.

Sunt autem tres quasi gradus immunitatis: horum Primus est. Dum absunt, nova eis tutela invitis non imponitur. Secundus; a suscepta tutela excusantur, *quatenus absunt*, *hoc* §. 2. vel *eum abfuturi sunt*, *ut l.* 1. *C. si tut. vel cur. Reip.* οὐ μόνον ἀπομένους, ἀλλὰ καὶ ἐπικειμένους, *non modo incepta jam, sed et instante absentia*, ait Theoph. neque enim ita coarctandus est tutor, quin etiam, dum parat se ad iter, curator substituendus sit; qui reverso tutori officium redhibebit, non tamen praecise continuoque post reditum, sed cum civili intervallo, quod *laxamentum itineris* vocat Neratius in *l.* 4. *de vacat.* etenim temporaria tantum immunitas fuit. Tertius gradus est, quod reversus, a novis tutelis habeat anni vacationem, eoque demum elapso, novis pupillis praeficiatur, ut hoc quietis premium laboris pretium habeat, *d.* § 2. atque is non cedit a die reditus primo, sed cum aliquo etiam laxamento *d. l.* 4.

4. (e) Quarto excusat *Potestas*, §. 3. *h. t.* qua voce significantur majores Magistratus, quibus potestas sive imperium tribuitur, latiore enim sensu haec vox sine absurditate non potest accipi; neque enim, quibuscumque aliqua potestas competit: iis excusatio datur. Potestas autem a dignitate differt. Nam de hac Modestinus scribit in *l.* 15. §. 2. Εἰδέναι δεῖ, ὅτι ἀξίωμα οὐδενὶ παρέχει παραίτησιν. *Sciendum est, dignitatem nulli tribuere excusationem.* Potestati quidem inest dignitas semper, sed et sine potestate sunt dignitates, ut Consularium et omnium qui magistratus gesserunt: nam potestate excusantur tantum ἕως ἐν ἀρχῇ, donec cum imperio sunt. *l.* 6. §. 14. *h. t.* Senatoria tamen dignitas, etsi potestas non sit, excusat a tutelis inferiorum ordinum, non Senatoriis. *d. l.* 15. §. 2. *et* 3. Cum autem AEdiles non excusentur, *l.* 17. §. 4. inde colligitur, eos non fuisse majores Magistratus, nec adeo opus est, *d l.* 17. §. 4. de municipiorum aedilibus cum Gothofr. accipi. Nam aedilis coërcere non potuit, nec jubere in carcerem duci, imo nec prehensionem habuit, sed ipse in jus vocari potuit. Gell. 13. c. 13. Quae omnia in his, qui majores sunt magistratus et Imperio praediti, contra se habent. *l.* 2. *de in jus voc.* Sueton. c. 18. *Jul.* Caeterum, distinctio inter majores et minores est propria Romanorum, ad quos comparati municipales magistratus sunt quidem longe minimi, sed et hos tamen excusari, diserte ait Modest. in *l.* 6. §. 16. *h. t.* οἱ ἄρχοντες τῶν πόλεων, ipsi duumviri; vel quia in suo genere et domi sunt etiam majores respectu aliorum in oppidis inferiorum, vel quod non tam

(c) *Pos.* 4. 5. 6. (d) *Pos.* 7. 8. (e) *Pos.* 9.

honos, quam onus et molestia muncipalis magisterii consideretur. Idem nostris civitatum magistris * permitteodum Curia ceosuit. *l.* 2. *tit.* 9. *def.* 6.

5. (f) Quinto, immunem faciunt tria onera tutelae non affectatae, qualis heic dicitur, non quae per sordes et gratiam quaesita est, ut alii; nam qui ita, arcendi sunt, hic autem quaerimus, qui non exonsentur, id est, cogantur: sed affectare, est subtiliter quaerere leves facilesque tutelas, quae numerum expleant, onereot parum aut nihil, defunctorie, dicis gratia, ut *alibi*; *ἐντελεχάτων*, ut Theoph. Verum praetor non tam oumerare, quam ponderare tutelas debet, magnitudinem patrimooii, aetatem popillorum, ioolem rerum spectare, modicas tenuesque tutelas, aut quarum pupilli parum absuot a pubertate, non admittet. *l.* 15. §. 15. *l.* 17. *pr. h. t.* Aliquaodo et unam vel duas pro tribus babebit, si tam diffusae et negotiosae sint. *l.* 31. §. *ult. h.* Sed nec secundum capita pupillorum numerus tutelarum initur, verum ex separatione patrimoniorum et diversitate rationum reddeodarum; ut fratres coosortes, una, diviso patrimooio plures tutelae sint. *l.* 3. *et l.* 31. §. *ult. h.* Excusant tutelae. *quamdiu administrantur hoc* §. 5. finitae desiouut prodesse. Exemplum; tres habebam tutelas: adhuc duae dabantur; non festinavi me excusare, ut in re olara; ex prioribus pupillis unus moritur; statim me teoet oova tutela, quam prompta excusatione vitassem; jura vigilantibus; imo et quarta tenebit, nisi denuo in tempore me excusem, quae est species *l.* 31. *pr.* ubi *in fin.* additur, imputari tutelam ei qui periculum fert, licet non administret. Quare si tres in unius Patris potestate, vel Pater cum filiis pariter habeant tres tutelas, singuli unam, nullus vexabitur; *tria onera in domo una esse sufficit*; quia omoes tutelae ad periculum Patris spectant. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *h. t.*

6. (g) Sequuntus tres impotentiae species *Paupertas*, *morbus*, *imperitia literarum*, §. 6. 7. 8. cui additur quarta *Senectus in* §. 13. Nam qui tam iniqua conditione fortunae utitur, ut non nisi parce et duriter victum exercere et se suosque tueri queat, is merito a tuendis extraneis excusatur. §. 6. *h. l.* 7. *h. t.*

7. Idem in aegrotis et adversa valetudine laborantibus, quos distinguit. *l.* 10. §. *ult. h. t.* Sed utraque haec causa cognitionem desiderat; probare eoim debet, qui paupertatem fatetur, oneri injuncto sese imparem. *d. l.* 7. Proinde prout valetudo est qua quis afficitur, solet vel ad tempus, vel in perpetuum excusari, tam a suscepta, quam a nova tutela. *l.* 11. *et. l.* 12. *pr. h. t.*

8. (h) Literarum quoque inscitia videtur ex iis esse causis, quibus cognitio adhibetur, ut aliquando simpliciter, aliquaodo sub modo excuset; simpliciter eam prodesse, affirmatur in §. 8. *h. t. Quamvis*, id est noo obstante, *quod imperiti literarum ad negotia sufficere possint*. Nam ut voce *quamvis* restiogi priora et limitari dicamus, ingenium sermonis non patitur. Ampliat potius *τὸ quamvis* ut optime Theoph. *εἰ καὶ τοι μάλιστα*, *etiam si maxime* Sed in *l.* 6. *in fin h* literarum imperiti tum demum excusantur, *si non sint expertes negotiorum*; neque haec pugnant; excusantor, si probent, se ob hanc causam *oneri injuncto esse impares*, alioqni non admittitur allegatio, prorsus ut de paupertate docet *d. l.* Sit igitur hic sensus §. 8. Imperiti literarum excusantur, si tutela sit tam diffusa, ut absque usu literarum explicari et rationes coofici noo queant, *quamvis* alias ad negotia sat solertes videantur; modicam vero tutelam suscipere tales coguntur, et sic cape *d. l.* 6 *in fin* Hic valet quod Colum. *l.* 1. *de R. R. c.* 8. *Potest etiam illiteratus, dummodo tenacissimae sit memoriae, rem satis commode administrare.*

9. (i) Inimicitia tutoris, cum Patre pupilli exercita, an excuset, tractatur in §. 9. et 11. Magistratus equidem non facile inimicum popillo praeficiet, qui jam datum rejicere debet, *l.* 3. §. 12. *de susp. tut.* verum quem pater ipse testamento dedit, quamvis simultas et inimicitia, sed minus atrox inter eos fuerit, hic pro amico et certae fidei habendus. *arg. l.* 36. *pr. h. t.* Ideoque minime arceodus oeque excusandus, quia incivile et nefas est, litigare cum mortuis, vel *μνησικακεῖν* cum heredibus; at si adeo inhumanus reperiatur, qui, ut inimico superstiti aegre faciat, tutelam, a qua scit hominem abhorrere, testamento ei imponat, tantae malitiae non indulgetur, sed excusatio permissa est. *d* §. 9. Porro capitales inimicitiae excusant §. 11. *h.* Est autem capitalis *κεφαλικὴ ἔχθρα* *l.* 6. §. 17. *h. t.* stricte, quae ex capitali accusatione est orta, ut Cujac. et Ant. Aug. *ad d. l.* 6. adde, vel ex quaestiooe status, ut si pater pupilli tutorem in servitutem viodicaverit. § 12. *h.* Nam si capitale supplicium est, quo libertas aufertur, §. 2. *I de publ jud.* cur non et lis de libertate capitalis erit? Vide sis *l.* 14. *de bon libert.* Imo et latius patere *capitales inimicitias*,

(f) *Pos.* 10. (g) *Pos.* 11. (h) *Pos.* 12. (i) *Pos.* 13.

* Hodie omoes Magistratus excosantur, licet officium eorum ab antea suscepta tutela liberet. Gisebert, *Status. Peric. II. art.* 21. *n.* 15.

indicant *l.* 14 *de procur.* *l.* 15 *de recept* ubi Procuratores et arbitri, ob *capitales inimicitias* ab officiis suis excusantur: tantumne si capitis accusati? Imo si et infamati sint. *d. l.* 15 Duas inimicitiae species JCtus tradit in *l.* 3. §. *ult. de adim. leg.* Levis, et capitalis seu gravissima. Ita hic, ob levem non datur simpliciter, sed ob gravissimam competit excusatio, id est ob capitalem, quia de fama, de fortunis ac ornamentis omnibus decernitur, quam capitis litem Cicero *in orat. pro Quint.* vocat. Sed an decet sapientem praesertim Christianum, detrectare tuitionem pupilli ob inimicitias paternas? καλῶς ποιεῖτε τοὺς μισοῦντας ὑμᾶς, *Matth* 5. ℣. 44. Si ipsis bene faciendum inimicis, quanto magis liberis eorum? Sed alia hic ratio occurrit, ait Vinnius, *ut liceat sinistram suspicionem hoc obtentu vitare et antevenire remotionem*; famae ratio habenda; ne adversa et damna pupillorum inimicitiae imputentur. Haec reputatio conscientiam excusantis absolvit; sed judicem et haec ratio movebit; durum esse, hominem gravissime a defuncto laesum, ad regendam ejus hereditatem compellere: nec religio exigit, ut quaelibet officia praeter necessitatem inimicis praestentur; nec caritatis Lex imperat tutelam, nisi cum alius reperiri nequit.

10. k Inter praemia senectutis est immunitas a muneribus et honoribus; anni L. a militia excusabant: LVI. a decurionatu, *l.* 11. *d. decur.* LX. vel LXV. a Senatu, Sen. *de brev vit. in fin. et* 2. *cont.* 65. LXX a muneribus personarum, praecipue a tutelis. *l* 3 *de jur immun.* §. 13. *h l.* 2 *pr. et* §. 1 *h. t.* Excessisse autem annum septuagesimum * oportet, ut diem ultimum attigisse non sufficiat, *d ll.* quam subtilitatem nec praxis spernit, Sand. 2. *tit.* 9 *def* 5. quanquam in honoribus alioqui annus inchoatus pro completo habetur. *l.* 8. *de mun. et hon.* Quod autem in *l* 3 *C qui aet v l prof.* anni LV. a tutela excusare dicuntur, haud dubie vitiorum, et cum Cujacio legendum 70. ipse textus ostendit (2)

11 l Postremo Grammatici, Rhetores, Medici excusantur, § 15. (primus Medicis immunitatis auctor Augustus, in gratiam Antonii Musae, teste Dione *l.* 53.) cum duplici restrictione, si Romae, vel in Patria sua has artes exerceant, ac intra numerum sint Non quod praefinitus Medicorum aut Rhetorum numerus per singulas civitates certus esset, quem egredi non liceret, *l.* 6 §. 2. *h. t.* nisi ἄλλως ἐπισήμοις, *valde aliqui excellerent*, §. 10. *d l.* 6. non quivis habentur immunes, sed περιοδευταί, *circulatores*, *circumforanei*, *d.* §. 2. nempe, qui de foro in forum et regionatim, una tamen urbe, circuibant, medicinam facientes, *Visitatores*, ut vocantur sacerdotes περιοδευταί *l.* 42. § 9. *C de episc et cler.* Grammatici non sunt, qui primis literis pueros imbuunt, ** nam hi carent immunitate, *l.* 11. *in f. de mun. et hon.* *l* 2. §. 8. *inf. de vacat.* sed Professores, qui opponuntur ludimagistris. *l* 1. §. 6. *de extraord cognit.* In *d. l.* 6. § 1. adducuntur Sophistae, οἱ σοφιστεύοντες, §. 11. qui progymnasmata Eloquentiae docent, et sunt medii generis inter Grammaticos ac Rhetores. His enim cessit nomen Sophistarum, postquam a sapientiae magistris repudiatum, philosophorum appellationi originem dedit, qui et ipsi excusantur, §. 5. *d. l* 6. quod eorum professio omnino tutelis distraheretur; sed a sumptuosis muneribus non sunt immunes, quia pecuniam curare non debent, haec ratio redditur in §. 7. *d l.* 6. Paupertatis enim studium, ut nota philosophorum perpetuo incolatur *Hoc eos pro fiteri oportet, mercenariam operam spernere*, *l* 1. §. 4. *de extraord. cognit.* Papin in *l* 8 §. *pen de vacat et excus* *Vere philosophantes pecuniam contemnunt, cujus retinendae cupidine, fictam adseverationem detegunt.* Olim juris professores non gaudebant excusatione, praeterquam Romae, *d l* 6 §. 12. sed a Constantino omnes Artium Professores et Legum Doctores immunitate donati sunt, *l.* 6 *C de Profess. et Med.* quod tamen ad hodiernos Doctores extendere omnes vix licet, quia plerique in foro versantur, et lex 6. de his. qui *aliis studiis et artibus instituunt*, loquitur *in fin.* Poetae non excusantur, *l.* 3. *C de prof et med* etsi Cujacio *d. l.* 6. divinos spiritus privilegio dignos censet; qui tamen publice docent Artem Poëticam, videntur cum *aliis literarum et liberalium* Professoribus excusandi *arg. d. l.* 6. Non Geometrae, *l.* 22. *h. t.* nec Calculatores, *l* 4. *C. de Prof. et Med.* nec Musici *arg. l* 4. *C. de excus. mun.* Professores, qui minus utiles frequentesque se praebent, numero possunt eximi et immunitate privari. *l* 2. *et l.* 8. *C. de Prof. et med.* Vid. *lib.* 3. *Digress. c.* 23.

(k) *Pos.* 14. (l) *Pos.* 15. *et* 16.

(2) *Nisi cum aliis hunc textum malis accipere de munere decurionatus, a quo aetas LV. annorum completorum excusat. Quam conjecturam juvat quod* d. l. 5. *sit rescriptum.*

* Nec apud Saxones an. 60. sufficit, at Schulzius *Syn. J. h. lit. e e. LR. l.* 1. *art.* 42. existimat, cum textus ille non receptus sit, teste Philip. *Us. Pr. Inst. Ecl.* 91. *n.* 11. Carps. *L.* 5. *Resp.* 90.

** Unde privilegium excusationis Grammaticis tributum non esse etiam apud nos extendendum ad eos, qui scholas privatas exercent, *die Winckel-Schulmeister*, recte monuit Hopp. *ad* §. 15. *I. h. in us. mod.*

12. (m) Atque hae omnes caussae tutoribus et Curatoribus sunt communes; una Curatoribus propria subjicitur in §. 18. *h.* Quod qui tutelam pupilli alicujus gessit, ad ejusdem curationem invitus dari nequeat, nec a testatore neque a magistratu; quia durum est, uni in uno pupillo duplex onus injungi. *l* 20. *C. h. t.* Excipitur libertus. *l* 5. *C. h. t.* Moribus hodiernis, ut *supra* dictum, pubertas non finit tutelam, sed haec uno contextu in curationem transit et continuatur usque ad perfectam aetatem. * Porro causis excusationum, hi quibus competunt, ut pro se introductis, renunciare possunt. *arg. l* 46. *de pact. l. pen. C. eod* Et videntur renunciasse, adeoque amittunt jus suum, qui se patribus pupillorum tutelam suscepturos promiserunt. §. 9. *h. l.* 15. §. 1. *h. t* Omnes hae causae excusant a tutelis noviter delatis, non a veteribus et pridem susceptis. Adeo ut supervenientes, tutoribus jam factis nihil prosint, ne quidem si lite excusationis pendente nascantur. *l* 2. §. 8. *l.* 28. *pr. h. t* Sand. *l* 2. *tit* 9. *de fin.* 9.

13. (n) De tempore proponendae excusationis in judicio, agitur §. 16. *h. t.* Est hoc quinquaginta dierum, quod tempus partim est utile, partim continuum. Utile, quia non mox a datione, sed ex quo tutor se cognovit esse datum cedit, *d.* §. 16. *et l.* 13. §. 1. *h. t.* Continuum, quia omnes dies computantur tam feriati, quam fasti; utile enim tempus est, cui eximuntur dies, quibus agi non potest, tam ob ignorantiam vel absentiam partium, quam quod ob ferias copia Praetoris non sit. *l.* 1. *de divers* et *temp.* Dies 50. dantur, nisi quis habitet ultra centesimum lapidem, id est, milliare: qui enim tam procul a foro suo aberat, huic primo dabantur dies *triginta*, insuper totidem dies quot erant vicena milliaria, ut tamen nunquam pauciores quam dies 50. darentur. Proinde, si quis plures quam 50. haberet, hunc oportebat longius quadringentis milliaribus abesse, *l.* 13. §. 2 *h. t.* hoc est centum fere Germanicis. Nam milliare Romanum constat mille passibus, sive *octo stadiis paulo minus.* Plutarch. *in Cajo*, τὸ δὲ μίλιον ὀκτὼ σταδίων. Germanicum commune 32. fere stadiis. Quae autem Provincia hodie tanta est, ut aliquis ultra 400. millia a metropoli sua habitare possit? Tempore elapso, nihil proderit excusatio licet admissa a magistratu, *d l.* 13. §. 5. nisi justissima causa. §. *ult d. l.* Primo igitur apud judicem ordinarium proponenda excusatio. (o) A quo si rejecta sit, tunc ad superiorem appellari potest. *d* §. 16. Olim provocatio confestim a datione recte fiebat; ut ab aliis hodieque muneribus publicis. *l* 1. *de vac* et *excus* *l.* 11. *C. de appell.* In tutela mutavit hoc D. Marcus, *l.* 1 § 1. *Quand. appell. Non oportet eum provocare*, ait textus: sed excusationem *allegandam habet*, expresse per formam praecepti, *et si fuerit repulsus, tunc demum appellare debebit*: manifesti gradus; excusatio primo, sententia judicis, appellatio; ** tandem, ne quid dubitetur, *ante frustra appellatur* ait; neque enim valet appellatio per saltum facta, et omissis his, qui sunt ex imo ordine, *l.* 21. *pr. de appell.* de voce *frustra* confer *princ. d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *in fin C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* Scimus opponi *l.* 4. *et l* 13. *pr. de excus. tut. l.* 16. *eod l.* 18 *C. eod. l.* 39. §. 6 *de admin tut. l.* 2. *et pen de Tut. dat. l* 17. §. 1. *de Appell* de quibus *ad ff. h. t.* dicemus.

14. (p) Fuerunt excusationum causae, sequuntur prohibitiones, per quas, ne quidem si velint, tutoribus esse licet; quales primo sunt, vitia naturae, si quis mente captus, surdus, *l.* 1. §. 2. *et* 3. *de tut.* et coecus ait *l* 3. *C Qui dar. tut.* Minores 25. annis prohibentur, olim excusabantur, ait Tribon. *in* §. 13. *h. t* hoc est, ut conjicio, olim causae excusationis poterant a minoribus allegari ut a caeteris, si nempe ad testamentariam vel legitimam tutelam vocarentur, non hoc ipsum, ut vult Theoph. ὅτι ἥττων εἰμὶ, quia minores annis sunt, sed quod tribus liberis aut tutelis gravati etc. Nos autem, ait Justinianus, effecimus, ut excusationi in minore locus non sit, ut nulla possit uti, quia plane eum prohibuimus; quod tamen mox ad legitimam restringit, de qua sola agit, *l. ult. C. de legit. tut.* sic nihil a Triboniano erratum, ut contra Cl. Vinnium disputavimus *l.* 3. *Digress. c.* 24. ubi et reum alterius inscitiae Tribonianum defendimus.

15 (q) Deinde Causa litis inter Tutorem et pupillum est prohibitoria. Olim lis de omnibus bonis, vel de maxima eorum parte, excusabat, §. 4 *h t. l.* 20 *et l.* 21. *h. t.* imo et tunc, quando tutor metuebat, ne pupilli nomine implicaretur liti cum persona sibi conjuncta, *l.* 23. *C. h. t.* quod Graecus paraphrastes vocat jus νέον καὶ θαυμαστὸν, *novum et mirabile*; non tantum ob propriam, sed et metum alienae litis excusari. Secundum haec, debitor vel creditor pupilli tutor esse et ipse sibimet solvere poterat, *l.* 8.

(m) *Pos.* 17. (n) *Pos.* 18. (o) *Pos.* 19. (p) *Pos.* 20. 21. (q) *Pos.* 22. 23.

* Cons. tamen *not. ad* §. 3. tit. 25.

** Jura Sax. et ab initio, et repudiata excusatione, appellatio interponi potest. *Appellat. Patent.* d. a. 1570. §. 1.

C. qu dar. Tut. vel Curat. Verum hodie tam debitor, quam creditor pupilli excluditur a tutela et cura, * *Auth minoris. sub. d. l.* 8. ex *N.* 72. *c.* 1. *et seqq.* Ratio est in *c.* 3. *in fin.* ἵνα μὴ πολέμιον ἀλλ' οὐ κηδεμόνα δῶμεν τῷ νέῳ, *ne hostem magis quam curatorem adolescenti demus*, ne debitum, vel intervertatur, vel inique imputetur. *d. c* 1. Quia, si dissimulent, creditor quidem amittit jus suum, debitor solutione facta non liberatur. *c.* 4. *d. N.* Quod si tutori jam facto necessaria obligatio cum pupillo intercesserit, statim suspecto adjungitur Curator. *cap.* 2. At cessiones pupillarium actionum in tutores factae, sunt ipso jure nullae *cap* 5. Haec de debito et credito, quae sunt causae litium, multoque magis de litibus ipsis obtinent. Pragmatici, quae dicta sunt, ea de legittimo et dativo tutore simpliciter accipiunt; sed in testamentario ita, nisi pater sciverit causam obligationis, neque enim ulla tunc diffidendi causa, Sand. *l.* 2. *t.* 9. *d.* 1. et ipsum jus civile excipit matrem ac aviam, quae possunt esse et creditrices et tutrices, *Auth ad haec. C. Quand. mul. tut* ex *N* 94. *c.* 2. quod recte ad Patrem et avum extenditur. Sand. *d. tit.* 9. *def.* 2

16. (r) A cura prohibet matrimonium. Maritis, inquam, interdicitur cura uxorum, ** *l.* 2. *C. qui dar. tut* etiam furiosarum, *l.* 14. *de cur. fur* eadem ratione, qua nuptiae inter curatorem et adultam sunt vetitae, *supr. tit.* 10. *n.* 16. ne vis maritalis potestatis curatoriam corrumpat et maritus grassetur, rationum reddendarum securus, nec suspecti infamiam metuens. Idem esse in sponso, Modestinus ait, οὐκ ἔξεστιν, non licet, *l* 1. § *ult. h. t.* si non verba μνηστῆρας et μνηστὰς ibi conjuges significant, ut vult Cujac. ad *d. l.* 1. Bona uxorum sunt dotalia, vel paraphernalia, vel receptitia. Dotalium maritus est dominus, *ut alibi*; Paraphernalia, id est *praeterdotalia*, uxoris, sed a marito administrantur. Ideoque horum esse curatorem maritum, statuit Giphan. dubitat cum Bachovio Vinnius *hic*, Schneidaw. legitimum administratorem vocat. Ita hodie haec Cura tantum in *receptitiis* locum haberet, quae pleno jure uxor retinet, *nec in viri potestatem committit*, ut Gel. *l.* 17. ex Catone citat. Sed paraphernalium non esse curatorem maritum probo, quia jus ejus circa haec bona aetate non distinguitur, sed etsi anus sit uxor, ea tamen administrat, idque ex mandato mulieris, quae hoc etiam non dare et revocare potest, nec actiones per alium quam maritum exercere, cautionesque ab eo repetere, *l ult* §. *ante enim. C de pact. conv l.* 8. *C. eod.* quorum nihil in curatore locum habere potest. Moribus populorum vir est plerumque legitimus Curator uxoris suae, Gudel. 1. *de jur. nov. c.* 7. Vid. Sand *l.* 2. *t* 4. *def.* 3. At hanc improprie Curam esse, patet inde, quod in favorem mariti sit introducta, ut Sand. *d. l* probat, et Herbaj. 12. *rer. quot* §. 1. non in praesidium aetatis vel infirmioris sexus, quod natura tutelae et curae exigebat: nam etiam in nuptas perfectae aetatis competit, innuptae post 25. annos nulli subsunt Curatori, ut debebant, si haec curatio ob infirmitatem sexus reperta esset, ut Romae olim tutela mulierum. Proinde potestas haec virorum est similis paternae administrationi bonorum adventitiorum. Idem et plus Pater juris quam Curator habet, nec tamen verus est Curator, perinde ut maritus. Et verbum *Voodgye*, quod est in *tit.* 2. *lib* 1. *Stat.* latius est, etiam Patribus conveniens. Grot. 1. *Manuduct. cap.* 4. D. Wisenbach. *ad. d. l.* 8. *C. de pact. conv.* paraphernalium bonorum vix ullum in Frisia usum superesse tradit, quasi sublata distinctione dotalium et paraphernalium, 1. *Stat.* 2. *art.* 1. quod res aliter docet. Nam si dotes in Frisia supersunt, ut affirmat Sand. *lib*: 2. *tit* 2. *def.* 2. nec omnia mulierum bona sunt dotalia, ut omni die videmus, reliqua oportet parapheroalia *sive praeterdotalia* esse, quanquam cura virorum in Frisia non recipit hoc discrimen; et hactenus loquitur *Statutum*.

17. (s) Milites a tutelis prohibentur, quia pupillos et Rempubl. simul tueri nequeunt. §. 14. *h. l.* 4. *C. qui dar. tut.* Quae ratio et a procurationibus eos arcet, *l.* 54. *de procurat.* ut ne uxorem quidem aut parentum res gerere possint. *l.* 7. *C. eod.* Sed inquilini castrorum excusari dicuntur, *l.* 17. § *ult de excus.* per quos Gothofr. intelligi putat eos, qui Gallis dicuntur *Mortepaijes*, et vix unquam e praesidiis educuntur, vel quos vulgo spurcios a vestibulis nuncupant: sed hi sunt milites tamen. Forte negotiatores fuerunt, qui fixam in hybernis sedem habuere, ut militibus necessaria venderent.

(r) *Pos.* 26. 27. (s) *Pos.* 24.

* Jure Saxonico creditor pupilli, qui nomen suum Magistratui denuntiavit, et nihilominus ab eo tutor constitutus est tutelam recte suscipit, et actionem quam habet, haud amittit. Arbitrio tamen judicis relinquitur, utrum excusantem se hoc modo liberare, an vero dato ad litem curatore ipsum constituere velit. Vid. *Dec. El.* 3. ibique Phil. *Obs.* 1.

** Non tamen apud nos, ubi et ratione sexus, *Dec. El.* 24. *j. L. R. l.* 1. *art.* 31. 45. et ratione aetatis etiam, maritus uxoris suae Curator esse potest, *a. L. R. l.* 1. *art.* 42. Vid. Manck. *Tract. Syn. Pand. Theor. Pract. p.* 362.

18. (t) *Postremo* Ecclesiae militibus, id est, Episcopis et Monachis, *l.* 52. *C. de epis. et clor.* immuoitas datur, sed mox in *Auth. Presbyteros* §. 1. ex *N.* 123. *e.* 5. prohibentur; Presbyteris tantum et diaconis Legitima volentibus permittitur, *pr. auth.* a testamentaria et dativa aeque excluduntur, ut Cujac. et Rittershus. ex *d. N.* recte colligunt. Nostrates aliique hodie in Verbi divini Ministris observant *d. l.* 52. ut excusent eos generaliter, eon ut prohibeant, Sand. *d. t.* 9. *def.* 7. Presbyteri et Diacooi, inter nos τοῦ πολλοῦ δήμου, *vulgi numero* habentur, ooo solent excusari.

19. (u) His, qui prohibentur non competere excusationem, et ratio et textus docent, in §. 13. *et* 14 *h. et l.* 12. *C. h. t.* ubi volontaria tutela, quae *privilegium*, id est excusationem habet, vocatur. Hoc est, quod in *l.* 31. *pr. h. t.* scribit Paulus, *antequam excusetur ipso jure tutorem esse*, cum qui prohibeotur, nec sint, oeo esse possint; ideoque separatim de iis tractavimus. Sed abusive aliquando excusandi verbum de his ipsis usurpatur. In *l. un C. qui morb.* muti, surdi, coeci excusationem hebere dicuntur. In §. 19. *h. t.* mariti *excusantur* c cura uxorum, licet se immisceant, ait Imp. satis indicans, non licere iis esse; nam excusatio proprio dicta immixtiooo amittitur. *l.* 17. §. 5. *h. t.* Sic in *l.* 1t. *de Decur.* Callistratus, qui solet καταχρηστικῶς uti terminis τοῦ *prohiberi et excusari*, de decurionatu promiscue ponit. *Excusantur* a postulando, qui nunquam admittuntur. *l.* 1. §. 3. *de postul.* Ratio abusus duplex videtur. *Prima*, ut lenitas verbi invidiam rei mitiget eos, qui ob causas non odiosas removentur, ne mariti, creditoris, aliorumve contumelia tribui videatur, quod a tutela excluduntur. *Altera*, quia multi vere gandent, hisce causis uti se posse, et saepe eas obtendunt, ut immunes habeantur, quibus prohiberi tantundem est atque excuseri. Hieo qui creditorem se pupilli profitetur, id probare debet, vel jurare, priusquam excusetur. *N.* 72. *e.* 3. Idem de lusco vel surdastro, qui subterfugiunt onus, haud dubie teneodum. Caeterum, *omnes hae causae pertinent ad* Tutelas eoviter *delatas*, quod intellige de excusatoriis, non de prohibitoriis, ut recte animadvertit Scholiastes nostor *ad Pos.* 29. *Sunt tamen etiam causae, quae ot aveteribus tutelis excusent*; tales sunt: 1. si quis trans mare Reip. causa abfuerit. 2. Qui consiliarius Principis factus sit. *l* 1t. §. *4. do minor.* 3 Si quis domicilium jussu principis scientis esso tutorom, mutaverit. *l.* 12. §. 1. *de Excus.* 4. Si tutor liberorum] ioferioris ordinis, seoator factus sit. *l* 15. §. 3. *eod.* Item 5 si post susceptam tutelam coecus, aut surdus, aut mutus, aut furiasus, aut valetudinarius sit factus. *l.* 40. *in pr. eod.*

20. (w) Sunt autem excusandi prohibendique causae tutoribus omnium generum communes: Ideoque et legitimi excusantur. Qui privilegio subnixus est, fratris *curationem* suscipere non cogitur, ait Papin. in *l.* 30. §. 2. *h. t.* Et ne quis de tutela secus putet, in *l.* 3. §. 8. *de legit. tut.* patroni filius a legitima tutela excusatur. Idem de patruis, in *l.* 1. *C. de Logit. tut. l.* 9. *C. Qui dar. tut.* Cujuscumque generis sunt tutores, excusare se docet Imp. in §. 16. *h. t.* nec errat Theoph. ut Cujacius putat, ipse errans *ad l.* 13. *h. t.* cum id explicat, εἴτε τεσταμενταρίοι εἴτε λεγίτιμοι. Imo quod sequitur; *qualitercumque dati fuerint*, indicat, ait Cujacius, Testamentarios et dativos intelligi, qui soli dantur, non legitimos; quod esse falsum, definitio tutelae arguit, io qua verbum *data* ad legitimam solam pertinere, in confesso est. Hoccine dissentientes volunt, ut ognatis nec liberorum, neo tutelarum numerus, oec morbus, paupertas; aut senectus prosit? Quid iniquius? *Hereditatem capiunt*, ait Giphan. *ad d.* §. 16. *ac proinde onus tutelae non possunt effugere.* Imo dispar est ratio. Hereditas futura et incerta est, onus tutelae praesens. Hereditas maxime iis congruit, qui liberis, inopia aliisque incommodis, quae excusant, gravantur, tutela minime. Hactenus a lucro ad onus argumentandum, ut tamen naturalis aequitas excusata maneat. An, si in *l.* 13. *h. t.* testamentariis et dativis excusatio tribuitur, ideo legitimis negatur? Vel an, quod ipso jure fiunt tutores, id excusationem tollit, ut vult Cujac. *ad Ulp. tit.* 11.? Lex saoe efficit eos tutores, concedimus, neque enim alli, quam qui jure sunt tutores excusantur, imo et ipso jure dativi tutores esse dicuntur antequam excusentur. *l.* 31. *pr. h. t.* Etiam testamentarii immediate a testatore sunt tutores, tamen excusantur. Suis heredibus, qui successionem repudiare non posse dicuntur, quod ipso jure sint heredes, beneficium abstinendi datur; non et tutoribus, licet ipso jure sint, excusandi? Quin reliquos heredes legitimos repudiandi jus habere constat, a quibus semper secundum tutores legitimos concludimus. Non potuisse olim legitimos abdicare tutelam, verum est. *d. tit.* 11. *Ulp.* §. 17. Sed non fuit eadem abdicationis, quae excusandi ratio, nam suscepta abdicabatur. Cicero *l.* 6. *ad Att. ep.* 1. *Tutola me cogito abdicare*, quam scilicet habebat, *Arioburzanis.* At excusatio susceptae tutelae dari non solet, nec plane est eadem aequitas permittendi abdicationem tutori crecto, et excusationem creando.

(t) *Pos.* 25. (u) *Pos.* 27. 28. 29. (w) *Pos.* 30.

21. (x) Clauditur hic titulus sanctione adversus tutores, qui falsis de jure, seu facto allegationibus excusari meruerunt: nam hi periculo tutelae, ex quo dati sunt, obligantur, *l.* 1. *et ult. C. si tut. vel cur. fals. alleg.* non modo, si κατὰ φάκτον ἐψεύσαντο δικαιολογίας, *si causas sint mentiti*, ἀλλὰ καὶ κατὰ νόμιμον, *sed et si per juris errorem causae approbatae fuerint*, ut Graeci.

TIT. XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS.

I. De usu hujus remedii hodierno. II. Ad quam jurisdictionem pertineat. III. Quinam tutores accusentur. IV. Et quinam jus accusandi habeant. V. Quid sit esse suspectum. VI. Quid dolus et culpa. VII. Quando tutor fiat infamis. VIII. Sanctiones aliquae in favorem pupilli certis casibus. IX. Fidejussoribus datis non evitari judicium suspecti.

(a) Pupillorum securitati consentaneum est, ut suspecti malae fidei tutores accusentur, convicti removeantur, plectantur. Quod Romae solitum quotidie fieri, memorat Ulp. *l.* 1. *pr h. t.* at non immerito Mynsingerus *ad pr. h. t.* rarius hoc tempore usurpari queritur. Romana haec disciplina fuit, cum in hac, tum in publica omni accusatione; quam libere civibus patere, quantopere interesit Reip. optime autor, alibi pessimus, probat. *l.* 1. *disp de Rep. cap.* 7. Quod igitur Bachovium *not. ad Wesenb. n.* 5. *h. t.* exiguum hujus tit. usum agnoscentem, experientia refelli, putat D. Wissenb. *h. t. ff in sin.* vereor, ne experientia ipsum refellat. Ex parte verum est, hodie pupillis consuli rationum quotannis exactione, per quam fides tutoris exploretur et forte, si huic rei attendatur, pene superflua accusatio videatur; nam cum potest tutelae agi, *consequens est cessare suspecti accusationem*, *l.* 3. §. 6. *h. t.* quae jure civili, durante tutela, est necessaria, quia tutelae ante pubertatem agi non potest, nec rationes prius redduntur, §. *ult supr. de Atil. Tut. l.* 4. *pr. de tut. et Ration. distr.* quod est secus in praxi, ut *supr.* Magistratus igitur, si rationes non liqueant, inquirere et deprehensum removere potest. Fuisse tamen efficacius accusandi jus, negandum non est. Interim quae hic traduntur, animadversioni, quae fit rationibus examinandis, suo modo applicari possunt. Imo non ipsum accusandi jus sublatum videtur, quatenus hodieque Procurator generalis, nomine Reipubl. tutores suspectos ultro, vel deferentibus aliis, postulat, et persgit, ut non semel factum meminimus. *

2. (b) Hujus *tituli* methodus aperta est, fere qualis ab Ulpiano instituitur in *l.* 1. § 1. *h. t.* Suspecti crimen, id est accusatio, (ut in *l.* 21. *pr. de SC Sil.* quaestio et crimen, adde *l.* 5 *de calumn. etc.*) ex lege XII. Tabularum descendit. *pr. l. de susp. tut* Nec tamen quod ex lege hoc crimen oriatur, ideo suspecti cognitio est legitimae jurisdictionis; nam hoc de iis est verum, quae ex speciali lege competunt, non ex primo universi juris fonte, ut est Lex XII. Tab. Potius est ordinariae jurisdictionis, quia mandari potest. *l.* 1. § 4. *h. t.* junct. *l.* 1. *in pr. de off. ej. cui mand.* Hinc non modo Praetor, Praeses, Proconsul, sed et Legatus Proconsulis, qui mandatam habet jurisdictionem, removere suspectos potest; quod cur Cujacius aliique negandum putent, contra claros textus in *d. l.* 1. §. 4. *l.* 4. *pr. de off. ej. cui mand.* non est causa sufficiens in *l.* 1. §. 11. *ad SC. Turp.* nam verba, *nullus alius quam Praeses*, non excludunt eum, qui praesidis vice fungitur, eumque repraesentat, quod facit mandatarius; sed inferiorem magistratum, ut municipalem, cui, licet datum sit tutorem constituere, *l.* 3. *de tut. dat.* remotio tamen nunquam conceditur: haec enim tribunal requirit, *d.* §. 11. quo caret duumvir. Imo et legatus Procons tribunali caret, ait P. Faber ad *l* 70. *n.* 21. *de R. J.* De eo quicquid sit, ad legatum ex mandato Proc. *totum juris dicundi officium transit*, *d. l.* 1, §. 4. *h. t.* Cui *consequens est, ut etiam de suspectis tutoribus possit cognoscere*, quod Impp. rescribunt in *d. l.* 4. *de off. mand.* Non tribuunt hoc legato vi rescripti; tunc enim haec res legitimae jurisdictionis

(x) *Pos.* 31. (a) *Pos.* 1. *et* 6. (b) *Pos.* 1. 2.

* In Saxonia, licet tutelae actio supersit, suspecti tamen tutoris postulatio non infrequens est, dum vel per implorationem, vel per accusationem fieri quest. fac *Res. Grav. d.* 609 *gr.* 5.

foret; sed interpretantur id ei sponte competere.

3. (c) Utilitas popillorum exigit, ut sino προσωποληψία cujuscumque generis tutores accusentur et prohibeantur. §. 2. *h. l.* 1. §. 5. *h. t.* Sed reverentia et necessitudo, qua pupilli quibusdam obstringuntur, suggerit, infami remotione ono semper utendum, nam ecce, Pareotibus et Patronis nulla potest infamia iotentari *l.* 5. §. 1. *de obseq. par et patr.* His igitur aliisque propinquis simpliciter Praetor *gerere prohibebit*, quod a remotinoe differt, sed oundem habet effectum, §. 2. *h. l.* 4. §. 3. *h. t.* vel ut Modest. vult. in *l.* 9. *optimum factu est, curatorem ei potius adjungi*, quod in quovis legitimo tutore monet observandum esse. Ipsius enim pupilli interest, sanguioi honorem haberi, ot agnatorum famae parci.

4. (d) Quemadmodum crimina atrociora publice accusantur, do quo *alibi*, ita exemplo eorum accusatio suspecti a quovis promiscne institui potest, unde *quasi publica* appellatur. §. 3. *h. l.* 1. §. 6. *h. t.* Vere publicam non esse, res loquitur: cum ne quidem criminalis sit causa; nam Praetorem, qui removet tutores, non habuisse merum imperium constat et tantum extra ordinem *ob facta atrociora in tutela admissa*, mittebantur tutores ad Praefectum urbi, qui poterat in crimina aoimadvertere. *l.* '. §. *ult. h. t.* §. 10. *et* 11. *l. h.* juncta *l.* '. *pr. de off. praef. urb.* Publica judicia et omnes causae crimiuales publicae, viodiotae gratia et plerumque ad coërcendum corpus tenduot. *l. de publ. jud.* Sola remotio, criminalis judicii exitus esse nequit; ne quidem, si infamia accedat, quam et civilibus accedere tralatitium eat; praeter quod omnis forma fioisquae publice accusatinois hic cessat, ut latius *in loco*. Proinde improprie, *crimen*, *accusatio*, aliaequae voces hic usurpantur κατ' ἀναλογίαν. Est civile judieium: sed ob publicam utilitatem patet omnibus etiam mulieribus (quae ab accusatione vere publica arcentur, *l.* 8. *de accus.*) maxime coojunctis et caeteria verecundiam sexus non egredieutibus, sed pietate productis, *d.* §. 3. *d. l.* 1. §. 7. *h. t.* * Quin ut Magistratus *ultro in malos homines inquirere* debet, *l.* 3. *et l.* 13. *de off. praes.* ita si nemo tutorem suspectum postulet, ipse praetor eum, detecta perfidia, removebit. *l.* 3. §. 4. *h. t.* Pupillo accusandi copia no datur, sed puberes jam maturioris judicii curatores suos peragere possuot ex consilio necessariorum. §. 4. *h. t.* Ita Demosthenes ἐν ἡλικίᾳ γενόμενος τοῖς ἐπιτρόποις ἤρξατο δικάζεσθαι καὶ λογογραφεῖν ἐπ' αὐτούς *Pubes factus tutores accusare coepit, orationesque adversus eos componere.* Plutarch. *in vit. Demost.*

6. (e) Suspectus autem est, *qui non ex fide tutelam gerit*, habetur in §. 5. *h. t.* proprie, qui creditur oon ex fide gerere: sed definitio eat pro intentione accusantis et exitu judicii. *Ex fide* noo gerit, qui oon implet officium tutoris, quod in se recepit; proin fides hic dolo malo non opponitur, sed officium, inquam, booi tutoris aignificatur, ὃς μὴ πιστότατος διοικεῖ, *Qui non fidelissime gerit*, ait Theoph. is suspectus est. Noo modo igitur qui dolo, sed et qui *inconsideranter* agit, segniter, rustice, inerter, ioepte, simpliciter, removeri potest. *l.* 3. §. *pen. et ult. h. t.* Additur *d.* §. 5. *licet solvendo sit*, divitiae enim aut paupertas fidem nec adfirmant nec minuunt, *de quo mox.* (f) Sed et *antequam incipiat tutelam gerere, tutor potest quasi suspectus removeri*, *d.* §. 5. quod absonum videtur, quia nec ob delictum, quod tutelam praecessit, accusari potest. *l.* 3. §. 6. *h. t.* Qui ergo cum nihil gessit? Sed omittendo etiam peccatur, ai quis dolo vel contumaciter gerere aut satisdare noluerit. *l.* 3. *C. h. t. l.* 2. *C. de tut. vel. cur. qui sat. non ded.* Quod et *l.* 4. §. *ult. D. h. t.* velle videtur. (1)

6. (g) Effectus accusationis non eat tantum ut removeatur tutor, sed etiam ut infamis fiat, ai dolum, oon culpam duntaxat admiserit. §. 6. *h. t.* In genere et hoc loco dolus est, *omne malignum alterius laedendi consilium*, sive id aperte, seu simulando, vel dissimulando exequaris. §. 1. *de vi bon. rapt. l.* 7. *ad L. Corn. de sic. l.* 3. §. 1. *de injur.* Culpa est inconsultum peccatum ἄνευ προαιρέσεως, negligentia ῥαθυμία, Theoph. Cujus tres suot gradus seu species; prima vocatur culpa lata, quae est, *non intelligere quod omnes intelligunt. l.* 213. §. *ult. l.* 223. *pr. de V. S.* Secunda, quae *Levis* vocatur, est omissio diligentiae, quam *bonus paterfamilias suis rebus praebere debet. l.* 33. *pr. de admistr. tut.* Tertia est, *Levissima* culpa, qua tenetur is, qui non adhibet *exactissimam diligentiam*, ita ut *alius diligentior rem custodire potuisset. l.* 1. §. 4. *de O. et A.* (2) Et hic summus gradus

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. 5. (e) *Pos.* 7. (f) *Pos.* 8. (g) *Pos.* 11. 12. *et seqq.*

(1) *Huc refer casus in* §. §. 9. *et* 10. h. t. *Item mores qui suspicionem negligentiae vel doli injiciunt* §. ult. h. t. Heinn. in addit. ad Vinn. ad §. 5. h. t.

(2) *Dari tantum duas culpae species, latas scilicet et levis, prolixe sustinent Donell. Comment.* lib. 16. Cap. 7 *et Barthol. Chesius interpr. jur.* lib. 1. Cap. 45.

* In Saxonia curatoris consensus accedere debet. *P.* 2. *C. El.* 15.

per excellentiam saepe *diligentia* vocatur *l.* 5. §. 2. *ff. Commod. l.* 23. *de R. J.* Culpa simpliciter posita de levi intelligitur. *d. l.* 5. §. 2. *l.* 1. §. 35. *depos. etc.* Magna seu lata culpa in civilibus causis, seu contractus sint, seu species contractibus affines, pro dolo habetur *l.* 226. *de V. S. l.* 1. §. 1. *si mens. fals. mod. l.* 5. §. 15. *π. ut in poss. leg.* imo etiam ubi poena est pecuniaria. *l.* 1. §. 2. *si is, qui test.*

Scholium

Imo regulariter non; ob rationem a Struvio XIX. 22. dictam, nisi expresse lex poenam ad culpam latam extendat, ut in d. l. 1. §. 2. *ex qua adeo non formanda est regula, sed exceptio potius ibidem continetur. Struv.* d. l. n. 2.

Responsio.

Quando nos culpam latam pro dolo haberi statuimus, etiam ubi poena est pecuniaria, id ad species contractibus adfines pertinere monuimus; non ad actus. vitiosos delinquentium, in quibus propositum requiritur; verum bene ad talia delicta, quae lata etiam culpa admitti possunt, ut Struvius concedit, ubi actio est rei persecutoria. exerc. 19. th. 21. in fin. *Idem concedit, ut negari non potest, propter ipsam latam culpam infligi poenam corporalem, si nempe delictum ejus generis sit, cujus etiam lata culpa reus fieri possit.* th. 22. n. 1. *Ideo scire velim, cur id in poena pecuniaria, etsi delictum lata culpa admissibile sit, non aeque locum habeat, maxime cum Ulpianus de ejusmodi generis maleficio agens, absolute penat hanc regulam; culpa dolo proxima dolum repraesentat. Unde nos perperam extruere regulam, Struvius et Scholiastes arguunt. Jam diximus, non formare nos inde regulam generalem, sed materiae habili talium delictorum convenientem; quo sensu non possunt recusare latam culpam poenae locum facere, pecuniariae inquam, qui corporali faciunt ipsi locum, sicut et textus docent in* l. 3. §. 1. de off. Praef. vig. l. 9. et l. 11. de Incend. ruin. naufr. l. 2. in fin. de term. mot. l. 38. §. 5. de poen. l. 5. ad L. Cornel. de fals. l. 12. D. et l. 4. C. de Custod. reor. A. Matth. tit. de poen. C. 4. n. 11. *Caeterum, ubi de tali delicto, quod solo proaeresi committi potest, agitur, latam culpam non sufficere ad poenam, notum et certum est.* l. 7. ad L. Corn. de sic.

Sed et in causis famosis omnino; cum et juris ignorantia, quae plus quam culpa lata esse nequit, infamia puniatur. *l.* 11. §. *ult. de his, qui not. inf.* Hinc et in deposito, in quo dolus infamia punitur, culpa lata pro dolo habetur. *l.* 32. *dep.*

Scholium.

Et hic contrariae sententiae accedo per ea quae Struv. d. l. *Et in* d. l. 11. §. fin. *iterum lex specialiter poenam infamiae ad culpam extendit, vel praesumpsit in allegaute ignorentiam juris adfuisse dolum, quae praesumptiones etiam in aliis legibus occurrunt.* Vid. Not. ad Struuch. v. 38. p. 54. *Quod etiam respondendum est ad* l. 32. conf. Struv. d. l. th. 21.

Responsio.

Supponendum heic iterum, versari nos in ejusmodi factis, quae lata quoque culpa committi possunt. Si tum poena corporalis etiam latae culpae applicetur, ut modo intelleximus, quanto magis infamia? Struvius exceptionem esse vult in d. l. 11. §. f. *quia lex ibi puniat factum, quod improbum esse statuit, et ignorantiam juris excusare non admittit. Atqui haec nan est exceptio, sed regula nostra; latam culpam a lege puniri pecuniarie, per infamiam et corporaliter, quoties lex ejusmodi turpe factum considerat, in quo nec juris ignorantia sit excusanda, quale etiam esse Tutoris suspecti crimen, non potest dubitari, quia contractus famosi ex causa doli sunt tales. Rursus exceptio Scholiastae, quod in l.* 32. Depositi. *caeterisque legibus praesumptio doli latae culpae implicita sit, est illud ipsum, quo nostra sententia tendit, ut ex* th. sequ. apparet. *Quod igitur in Scholio ad* posit. 16. *nobis iterum contradicit, quasi nunquam tutor ob latam culpam fiat infamis, non satis, quid aut nos, aut quid ipse statunt, vidisse videtur. Nos enim tunc demum Tutorem fieri credimus infamem, quando in pupilli rebus fuit negligentior, quam in suis rebus, quia tum dolus praesumitur; aliter incolumi fama removeri. At ipsum modo tradentem audivimus, leges aliquando infamiam latae culpae infligere, quando adest praesumptio; quae, nisi fallor, eodem recidunt, vel tendunt.*

N. Addit.

Cum ista scriberem, nondum legeram dissertationes illustris Cocceji de dolo et Culpis, qui me succincte postea docuit, quo pacto sententia contraria Autoris ex legibus breviter deducenda sit. Scil. Regula generalissima est: Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est, l. 226. de V. S. *quae*

regula non solum refertur in contractibus, sed et in delictis. l. 1. §. 2. *junct.* §. ult. Si is qui test. lib. esse jussus. *et aliis negotiis, quae restitutione damni dolum puniunt.* l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. *Huic ergo generalitati tamdiu insistendum, donec appareant exceptiones, quae quatenus in jure referuntur, eo redeunt, quatenus nempe in delictis sive publicis, sive privatis, respicitur ad poenam malitiae, non negligentiae. Jam vero doceri non potest specialis ratio exceptionis in quaestione praesenti de remotione suspecti tutoris. Et Cicero* pro Roscio *aperte docet, apud Romanos etiam ob negligentiam fuisse infamiam irrogatam.* Qui rem, inquit Cicero, gesserit *negligentius*, eum majores summum *dedecus* admisisse existimabant, itaque mandati constitutum est judicium, non minus *turpe*, quam furti. *Et mox*: Ergo ideirco *turpis* haec *culpa* est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. *Et porro;* In minimis rebus *negligentia* in judicii infamiam revocatur. *Ergo jam quidem inter Autorem et me non amplius hic dissensus est.*

7. (h) Tutorem perinde ob latam culpam fieri infamem, pleriaque placuit, idemque multis durum, nec verum videtur, propter oppositos terminos, *si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam*, non aeque. §. 6. *h. t.* Fraus infamat, non *segnities*, *inertia*, *etc. l.* 3. §. *ult. h. t.* non *negligentia. l. ult. C. h. t.* Non erit absurdum adhibere his temperamentum, quod Celsus habet in *d. l.* 32. *depos.* Si tutor in suis rebus medioeriter est diligens, tunc lata culpa in pupillaribus pro dolo habetur ac infamia punitur; quod si natura homo tam supinae et enormis socordiae sit, ut propriis rebus nihilo magis attendat, fraude caret, nec famosus erit, ac ita intelligemus *l.* 7. §. 1. *h. t.* Haec distinctio in depositario servatur, *d. l.* 32. nec potest in tutore improbari, cum utriusque eadem, quod ad infamiam, sit ratio. *l.* 1. *de his qui not. infam.* Negligentiam quae in alienis latior, quam in propriis est, si quis *malitiae culpam* velit appellare, nihil, opinor, errabit. *arg. d. l.* 32. Porro non aliter fit infamis tutor, quam si decreto adjectum sit, eum ob dolum removeri. *l.* 4. §. 1. *et* 2. *h. t.*

8. (i) Jam id in favorem pupilli placuit, ut, cum alias nemini ante sententiam praejudicetur tutori; statim ac reus est factus, administratio interdicatur. §. 7. *h. l.* 7. *C. h. t.* Et quia hoc unice agunt Leges, ut grassandi facultas tutoribus adimatur, (k) nulla est causa cur tutore mortuo accusatio duret, cum et alia crimina morte reorum extinguantur, §. 8. *h. t. l.* 2. *et l.* 3. *C. si reus vel acc. mort.* quin et aliis finita modis tutela, suspecti cognitio solvitur, *l. pen. h. t.* quia tunc per tutelae actionem pupillo potest consuli. *l.* 3. §. 6. *et* 7. *eod.* (l) In alendo pupillo servatur modus a Patre praescriptus, nisi vires facultatium excedat; tunc enim, ut semper alias, Praetor adeundus, qui sic statuet, ut semper aliquid, si potest, ex reditu supersit, habita ratione personae, temporis, conditionis. *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *ult. l.* 3. §. 1. *et* 3. *ubi pup. educ.* Debet autem tutor suggerere Praetori rationes patrimonii, aliter ipsi sumptus immodici imputantur, *d. l.* 2. §. 2. nisi statum bonorum publicari non expediat, tunc enim suo arbitratu pupillum frugaliter alet. *l.* 2. *C. de alim. pup.* Quod si lateat tutor, nec sistat se, ut alimenta pupillo decernantur, quia is de vento non potest vivere, ut Alex. ait *in fin. l.* 3. *d. t. C.* (ut lupus, *addit. gl.*) pupillus in possessionem bonorum absentis tutoris mittitur, quod est novum ex *strictioribus remediis*, quibus Praetor tutores ad officium cogit. Non consequitur autem pupillus Possessionem plenam, sed custodiam, *rei servandae gratia*, ut alii creditores, *l.* 12. *quib. ex caus. in poss.* hoc etiam addito, quod bona, quae servando servari nequeunt, (*ut jumenta ac vestimenta*, ait Theoph. rectius liquida, et fungibilia dixeris) curatore dato, distrahantur, §. 9. *h. l.* 7. §. 2. *h. t.* haud dubie, ut pupillus tantisper inde alatur. Tutor interim per fugam, ut *sua sententia*, fit suspectus et removeri potest; ut et omnis, qui pupillo alimenta decerni non curat, *d.* §. 9. *in fin.* excepto casu *d. l.* 2. *C. d. alim. pup.* Acrius a Praetore remedium decerni nequit. Si quid enim atrocius a tutore peccetur, quam ut civilis coërcitio sufficiat, mittitur ad praefectum urbi *puniendus*, corporaliter scilicet τιμωρηθησόμενος, *Theoph.* et quidem εἰς σῶμα, in §. *seq.* ut fit in criminibus, §. 10. et Praefecti officium postulat *l.* 1. *de off. Pr. urb.* Praetori enim ultra modicam coërcitionem animadversio concessa non legitur, *arg. tit. ff. de off. praet. l. ult.* §. 1. *de off. ejus, cui mand. l.* 1. *de jurisd.* quanquam extra ordinem publicis eum judiciis praesedisse, de quo *alibi*, constat. Causa, quae praefecti Urbis officium desiderat, est, si praesens tutor falso neget, pupilli facultates alendo ei sufficere. *In quo mendacio si convincatur*, profundum id fraudis consilium creditur, quasi *ut praedo bonis alienis incumbere* cogitet, *l.* 3. §. 15. *h. t.* ubi similis eorum poena traditur, qui tutelam *corrupta fide inquisitionis et ministeriis Praetoris redemerunt.* Liberti etiam non

(h) *Pos.* 15. *et seqq.* (i) *Pos.* 11. (k) *Pos.* 17. (l) *Pos.* 8. *in fin.*

modo ob has causas, sed quotiescumque fraudulenter liberorum patroni tutelam gesserunt, ad Praefectum mittuntur gravius castigandi. §. 11. *h. l.* 2. *h. t.* Singularis enim ingratitudo hominis inaestimabili beneficio libertatis obstricti, *l.* 106. *d. R. J.* exemplum extra ordinem postulabat.

9. (m) Novissime sciendum; suspectus tutores, non modo, licet solvendo sint, ut dictum, sed et si fidajussores offerant, tamen removendus esse, quia satisdatio nec animum fraudandi, nec facultatem tollit, et pupillo praestat rem salvam retinere, *quam tabulas cautionis habere*, ait Ulpianus. *l.* 5. *h. t.* Quid si enim tutor ita dolus suos astu colat, et tam occulte furetur, ut convinci nequeat? Necessariam alioqui satisdationem esse, pridem dictum, adeo, ut si quis ob paupertatem reperire fidejussorem nequeat, curator ei adjungendus, *l.* 6. *C. h. t.* vel a tutela arcendus sit, *l.* 2. *C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* incolumi tamen fama; neque enim crimen est paupertas, *cujus causa plerisque probitas.* ut de Abdolonymo Curtius *l.* 4. *c.* 1. *Dat* quidem *census honores*, at non Mores. *multi in re non magna fidei sunt pleni*, πολλοί τοι πλουτοῦσι κακοι, ἀγαθοὶ δὲ πένονται, cecinit Theognis.

(m) *Pos.* 10.

Explicit. Lib. Primus.

LIB. II.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

TIT. I.

DE RERUM DIVISIONE ET ADQUIRENDO EARUM DOMINIO.

I. Transitus ad Res et vocis significatio. II. Divisio rerum prima. III. Altera divisio ejusque explicatio originaria. IV. De rebus Communibus. V. De Jure publicarum rerum. VI. Riparum. VII. Res universitatis. VIII. Res nullius, ubi de sacris, an possint alienari. IX. De religiosis rebus. X. Denique de sanctis. XI. Res singulor. ubi de jure in Re et ad Rem, et quotuplex sit jus in Re. XII. Dominii definitio exposita. XIII. Divisiones. XIV. De modis adquirendi in genere. XV. De occupatione; primo quae res occupari nequeant. XVI. De occupatione ferarum. XVII. De jure venandi restricto. XVIII. Discrimina bestiarum in hac parte. XIX. De occupatione quae fit jure belli. XX. Res in littore maris inventae. XXI. Res pro derelictis habitae. XXII. De Thesauro. XXIII. De occupatione missilium. XXIV. De accessione in genere. XXV. De alluvione et avulsione. XXVI. De insula nova. XXVII. Alvei mutatio. XXVIII. De adjunctione sine intextura. XXIX. De aedificatione in solo suo, deque tigno juncto. XXX. Ædificatio in alieno solo. XXXI. Plantandi et serendi jus in alieno. XXXII. De scriptura et pictura in aliena materia. XXXIII. De Specificatione. XXXIV. De Commixtione et Confusione. XXXV. De perceptione fructuum et qui fructus a possessoribus b. f. adquirantur et quatenus de illis teneantur. XXXVI. Quatenus usufructuarii et coloni fructus adquirant. XXXVII. Traditio et ejus definitio. XXXVIII. Differentia traditionis antiquae et novae. XXXIX. Jus singulare in vendit. XL. An procurator tradendo alienet. XLI. Divisio traditionis. XLII. Possessio quid sit. XLIII. Divisio possessionis.

(a) Postquam de iis est dictum, quae statum personae constituunt, nec locupletiores eos faciunt, transit Imperator ad bona et *patrimonium* nostrum, in quo quae continentur, *Res* dicuntur. Ait quidem JC. in *l.* 1. *de reb. cred. in fin.* generale esse *Rei* verbum et latius patere quam pecuniam, *l.* 5. *pr. de V. S.* cujus usus ad ea refertur, quae in patrimonio sunt, cum *Rei* verbo continentur, etiam quae extra rationem patrimonii habentur; attamen significatio hujus vocis minime ita transcendit genera rerum, ut apud Philosophos, Ens, *Res*, Aliquid. In Jure per *Res* ea designari existimo, quae sunt talis naturae, ut in bonis esse possint, per *Pecuniam* autem quae vere et actu in patrimonio sunt, *d. l.* 5. quae Graeci *χρήματα* vocant, et ab Aristotele definiuntur *πάντα ὅσων ἡ ἀξία νομίσματι μετρεῖται*, *omnia quorum valor pecunia aestimatur. lib.* 4. *ad Nicom.* 1. Nam etsi Res sacrae, religiosae aliaeque nec vendi, neque pretio aestimari queant, l. 9. §. *ult. de D. R.* ipsae tamen res materialiter consideratae sunt tales, ut et aestimationem recipere, et hominem beare et patrimonium augere possint; at quia religione aliisque hominum institutis quaedam secernuntur ex usu commerciorum, ideo *Rei* vox usurpatur ad omnia tam quae in bonis, quam quae extra sunt; *pecunia* ad res patrimonii exprimendum. Plane quomodo Res accipiantur indicat tractatus de rebus ejusque partitio, quae ad duo summa capita refertur; quorum primum est *de Adquirendo Rerum Dominio*, et alterum *de obligationibus*: ut tamen praemittantur Rerum divisiones.

2. (b) Quarum Prima perhibetur, quod Res vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium habeantur. *pr. I. de R. D.* In patrimonio, seu quod idem, in bonis est, Quicquid aut peti per actionem, aut retineri per exceptionem potest. *l.* 52. *de A. R. D.* Ideoque latius patent bona, quam dominium; nam bonis adnumeratur etiam,

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3.

si quid est in actionibus, aut bona fide a nobis possidetur, quicquid nos *beat. l.* 49. *de V. S.* Unde *beatos* Latini divites appellant. Seneca de Calvisio divite sordido, *ep.* 27. *Nunquam vidi hominem beatum indecentius*; Et *ep.* 45. *Beatum appellant, ad quem pecunia magna confluxit.* Sic pater Seneca, *Insolens malum est beata uxor*, et mox, *quid aliud quam beate serviemus?* 1. *contr.* 6. Quod igitur in nominibus est, id non tam in debitoris, quam in bonis creditoris esse videtur; huic enim competit actio et hunc beat ditioremque facit. Hinc creditam pecuniam aes alienum dicimus, cui in *suis nummis* esse opponit Cicero *Verr.* 9. *a pr.* in suo aere. *l.* 213. §. 1. *de V. S.* Scilicet; *Bona cujusque intelliguntur, quae deducto aere alieno supersunt*, est in *l.* 39. §. 1. *de V. S.* Quod igitur quidam, etiam Giphan. *hic*, in bonis esse et in dominio promiscue accipiunt, tantum a vero abest, ut non modo in bonis multa sint, quae non sunt in dominio, *d. l.* 49. sed et quaedam in dominio, quae non sunt in bonis, habeantur, ut aes alienum, cujus dominium satis constat penes debitorem esse, cum in bonis non sit, ut dictum. Patrimonium tamen aliquando strictius pro Dominio accipi videtur, ut in *l.* 9. *pr. Rem. pup. salv. Non solum quae in patrimonio habet, sed etiam quae in nominibus sunt.* At hoc loco verius est latius sumi; nodo Theoph. patrimonium vertit δεσποτείαν τε καὶ περιουσίαν, *dominium et substantiam.* Cum verba, ut termini artis distinguuntur, strictius sumi solent, sed populariter eamdem rem dicit qui nominat *bona* sua, vel *pecuniam*, universitatem suam, vel *omnia sua*, vel *patrimonium*, *facultates*, familiam, vel quicquid habet, aut censum et fortunas suas, *substantiam* suam, imo et peculium ὑποκοριστικῶς patrimonium significat, *l.* 14. *et seqq. ad Sc. Trebell.* quin aliquando dominium aeque late usurpatur, *l.* 70. §. *ult. de V. S.* de cujus proprio usu mox amplius.

Extra *patrimonium* sunt quaedam, quia in commercio esse nequeunt, ut res *sacrae*, *sanctae etc.* quaedam ob defectum domini, ut res nondum occupatae, *derelictae* et res hereditatis *jacentis*. *l.* 1. *de D. R.* Medii generis res, quae nec sint in bonis, neque extra bona, proprie nullae sunt. Nam quod servitutes hujus naturae dicuntur in *l.* 1. *de usufr. leg.* alium recipit sensum. Neque enim de servitute constituta id affirmat Paulus, quae sine dubio est in bonis, cum actionibus petatur, §. 2. *de Action.* sed acute docet, eum, qui servitute non praeexistente, usumfructum servitutis legat, non legare usumfructum rei, quae in bonis est, cum nulla fuerit constituta servitus, neque ea tali legato stabilitur, quia usufr. id est servitus servitutis esse nequit; verum neque extra bona servitutem ita consideratam esse ait; eum enim dominus per suum fundum ire possit, actumque et viam omni die constituere, si velit; non videtur posse dici, viam, actum, iter, esse extra ejus bona. Scil. neque in bonis est, quod prorsus non est, neque extra bona, quod semper in *potentia* est ut sit. (1)

3. (c) Secunda divisio, Res sunt *Communes*, *Publicae*, *Universitatis*, *Nullius aut Singulorum.* (2) Tertia, *Res corporales sunt, vel incorporales.* Membra prioris divisionis ut bene intelligantur, paulo altius repetenda res est. In dissipatione Gentium, divisis terris, quaeque societas regionem commodam occupavit; (nam terminatam prius et solemnem factam esse partitionem terrae a liberis Noachi, merito, ut vix probabile, displicet Bocharto, 1. *Geogr. sacr. l.* 1. *c.* 16.) stabilito primum imperio Reipubl. sine quo nihil recte geri poterat. Hinc omnia, quae sunt intra fines cujuscumque Reipubl. quod ad jus imperii, sunt Principis, vel qui alius habet summam potestatem. Inde ad privata se contulerunt: Et de rebus quidem mobilibus, quae jam singulorum factae, laborandum non fuit. Nam a primis rerum initiis divisionem occupationemque ab hominibus institutam fuisse, mox videbimus. Igitur agros partiti sunt: et quae praeterea a singulis sine incommodo universorum teneri poterant; haec est *occupatio per fundos*, ut Grotius *l.* 2. *c.* 2. §. 4. Unde natae Res *singularum* et dominia privata; supra quod tamen excellit Jus, ut diximus, Reip., quod haec ad communem utilitatem in res actusque singulorum retinet; quo dominium quidem privatum non tollitur, nec premitur, sed restringitur et ordinatur. Unde dominium *eminens* vocatur, de quo Plinius *Paneg. Et quid Caesar non suum videat?* Et distincte Symmachus *l. X. ep.* 54. ad Caesares, *omnia regitis, sed suum cuique servatis*, ait; verum quae terminata comprehensione occupari non poterant, ea vel prorsus non attigerunt, sed in originali statu reliquere, *ut primum a natura prodita sunt*, *l.* 14. *de A. R. D.* unde res *communes*, ut mare et litora; vel si absque periculo Reipubl. exteris concedi non possent,

(c) *Pos.* 4.

(1) *Pro explicatione* L. 1. de usufr. leg. *vide Noodt probab.* lib. 2. Cap. 3.

(2) *Pro intellectu hujus divisionis consule rursus Noodt probab.* lib. 1. cap. 7. et 8. *Item Auctorem part.* 2. *digress.* lib. 2. cap. 1.

usum quidem communicarunt, sed proprietatem Reip. addixerunt, unde *publicae* res, ut flumina ac portus; item montes, sylvae aliaque inculta et vacua locorum, quae per universitatem a populo occupata censentur. Quia autem magnae nationes nec loco uno, nec simplici societate contineri queunt, sed in plures conventus inferiores distribui oportet, hinc Universitates natae; quas cum sine pecuniis exercere non liceat, nec privati de suo lubenter conferant, opus fuit Rebus *universitatum.* Porro metus Numinis, qui universos mortalium animos insedit, quasdam res promiscuis usibus suasit eximendas atque consecrandas. Unde Res *sacrae*, *sanctae*, *religiosae*, quae communiter *Nullius* dicuntur. Haec ratiocinatio ostendit, divisionem *secundam* in Res Communes, Publicas, Universitatis, Nullius aut Singulorum, defluxisse ex immediato *Jure Gentium* et naturalem habere sequelam, etsi membra hujus divisionis poterant per *διχοτομίαν* succinctius ordinari, ut fecit Cajus in *l.* 1. *de R. D.* duo summa tradens genera in Res Divinas et Humanas, ac inde caeteras, ut videbimus in *tit. ff. de Divis. Rer.*

4. (d) Nos *Justiniani filum* sequemur, definitaque partitione prima, Species secundae explicemus. Igitur primo Res *Communes* sunt, quarum jus ex aequo ad totum genus humanum pertinet, non modo *negative*, ut alii, sed et *positive*; mox enim cum ipso genere humano hoc jus natum et fundatum est; sed Res *nullius* plerumque vocantur, §. 5. *inf. h.* quis in potestatem singulorum non sunt redactae, vel quia non possunt, ut *aer et mare*; vel quia non contigerit, ut ferae, volucres, pisces, aqua profluens etc. quae sunt nullius, sed possunt omni die proprietatem recipere; unde Paulus in *l.* 51. *de contrah. empt.* res communes sive nullius eleganter dictas ait, quia *omnibus vacant*; quod respectu proprietatis *negative*, ut dictum, respectu usus *positive* intelligi potest, ut exemplo litorum explicatur in §. 5. *h. t.* ubi usus eorum dicitur publicus, cum tamen dicta sint communia in §. 1. Sed vox *publici* idem illic quod commune significat, ut patet ex verbis, *juris gentium*, *sicut et ipsius maris*, et ex *l.* 14. *de A. R. D.* Commune est litus, non solum usu, sed et potestate occupandi aliquam soli partem aedificando. Id autem dubium non est, quin unaquaeque Respubl. jus imperii in litora terris suis adjacentis extendat, eoque sensu litora populi non male esse dicantur. *l.* 3. *pr. Ne quid in loco publ.* Ideoque et Praetoris venia ad aedificandum est opus, ne sibi mutuo incommodent et turbae oriantur *l.* 50. *de A. R. D.* Sed quid est litus? Quo hybernus fluctus maximus excurrit. §. 3. *h.* Aquilius apud Cic. in Top. *Eludit.* habet: *Alludit* Quintil. *l.* 5. *c. ult. Pervenit. l.* 96. *de V. S. Exaestuat l.* 112. *eod.* Quod verbum, ut et *eludendi*, satis indicat, non intelligi hoc de enormi exundatione, quales in Oceano plenilunium, aut tempestas major excitat, aliquando longe lateque in agros cultos, sed de ordinaria, vel non insolita. (3)

S c h o l i u m.

Sed ex his exemplis, aëris, maris, ferarum, nulli competere hodie definitionem rerum communium ostendi, ut puto, ad Strauch. VI. 2. pag. 56. et seqq.

R e s p o n s i o.

Notas Scholiastae ad Strauchium heic loeorum habere non potui, ideo cum nec rationes ejus examinare possim, remittam meum lectorem, bona cum venia ad libr. IV. Digress. cap. 11. et seqq. *ubi copiose de his rebus actum.*

N. A u d i t.

Nobis autem non incommodum videtur, istam notam ad Strauchium hic apponere, ut eo melius lector, quae ibi dicta sunt, possit conferre cum dictis ab Autore in Digressionibus. Ita vero tum senseram: *Et aër, et aqua profluens et mare, et per hoc litora maris, et ferae bestiae, hodie in dominio sunt, eorumque usus omnibus hominibus non est communis. Nam* (1) *Aër, quoad usum, quem hominibus praebet, semper considerari debet ut accessorium terrae, aut aquae. Ergo si forte terrae quaedam, aut aquae portio inhabitata sit, aut nondum occupata, iste quidem aër, qui supra illam terram aut aquam existit, hactenus res communis erit, ut a quolibet una cum terra, et aqua, occupari queat, reliquus vero aër omnis, qui est supra terras, vel aquas occupatas, ejusdem conditionis est, cujus est ipsa terra et aqua, h. e. in dominio, sive Principis, si aërem spectes, qui est super integro territorio, de quo forte minus erit dubium, sive etiam privati, si scilicet aëris istam particulam consideres, quae est super fundis privatorum. Inde enim est, quod quilibet naturaliter aedificare possit in coelum usque. Inde est, quod in*

(d) *Pos.* 5.

(3) *L.* 51 *hic mavetur Joseph. Averanius interpret.* lib. 1. cap. 20.

muro meo alterius aream attingente, sine servitute protegendi projiciendique, non possim extruere moeniana et suggrundia. (Ercter unde Wetter-Dacher.) *Inde est, quod jus Sax. hanc rationem naturalem spectans dominium ramorum arboreorum ei attribuat, in cujus aëre pendent, etsi in alterius fundo positae sint arbores, aut ibi etiam radices agant contra rationem Juris civilis*, §. 31. Inst. de R. D. vid. Nor. in addit. ibid. (2) Aqua profluens, *quoad proprietatem erit utique ejusdem naturae, cujus est flumen ipsum, praeprimis cum essentia fluminis magis in aqua profluente consistat, quam in alveo.* arg. . 33. Inst. de R. D. *Flumen autem vel publicum, vel privatum est, h. e. vel in dominio reipublicae, vel in dominio privatorum, pariter ergo et aqua profluens fluminis erit vel res publica, vel singulorum.* (3) Mare quod attinet, *huc spectat illustris controversia, quae de Dominio in mare inter Grotium et Seldenum intercessit, quorum ille* in tract. de mari libero, *mare nec occupatum esse, nec occupari posse; alter in libello* de mari clauso *utriusque contrarium, adstruere conati sunt, uterque ex amore popularium suorum, Batavorum et Anglorum, inter quos tum temporis controversia illa ventilabatur. Sed Seldeni opinio calculum eruditorum meruit, eamque latius illustravit Autor noster* (Strauh.) in diss. de de imp. maris. *Ergo et mare ex catalogo rerum commun. exemptum est, et quamvis quaedam Oceani partes adhuc incognitae sint, ac Principes alias ejusmodi partes occupatas iterum dereliquerint, hae tamen primis occupantibus cedent.* (4) Litora maris *sine dubio ex natura sua ad res pertinent publicas. Quod vero Imperator eas inter res communes referat, ideo videtur factum esse, quia in erronea opinione fuit, nec mare, nec per hoc litora maris, (quia scil. mari subjiciuntur, et ab eo quotidianis accessibus occupantur*, l. pen. ff. de R. D.) *occupari a quoquam posse. Nos vero meliora edocti, mare, et per hoc litora maris, in dominio esse scimus. Jam, quod* usum aëris, aquae profluentis, maris et litorum maris *concernit, concedo, nos usum innoxium earum rerum aliis hominibus debere concedere, sed non alio respectu atque aliarum rerum, quae sub dominio nostro sunt: determinatio autem usus, an sit innoxius, an non, numquam penes eum erit, qui ipsum postulat; sed penes Principem aut privatos, qui maris, ejusque litorum, aquae profluentis et territoriorum aut fundorum, quorum accessorium aër est, sunt domini. Inde si Princeps exteros permittat in territorio suo degere, aut privatus concedat alteri in fundo suo commorari, aëris haustum quidem non poterunt prohibere, utpote sine quo nemo potest subsistere; nec facile, et absque peccato, aquae haustum, cum haec utilitas sit omnino innoxia: quo refero illud vulgatum Latonae apud Ovidium:*

Quid prohibetis aquas? Usus communis aquarum est.

At si exteri transitum per territorium Principis postulent, aut alius in fundo privato spatiari cupiat, nec Princeps, nec privatus, caeteris paribus, obligati sunt, ut, si nolint, id permittant, etsi utrobique certa promissio fiat, nihil nisi aërem, aut aquam, gratis haurire velle eos, qui transitum, aut spatiandi potestatem postulant, cautioque offeratur de indemnitate in reliquis praestanda, (quicquid hic in contrarium proferat Grot. l. 2. de J. B. et P. c. 2. §. 13.) *imo ne quidem obligatos eos esse arbitror, ut transitum, aut introitum postulantibus rationem exprimant, cur illos nolint admittere, cum quilibet rerum suarum moderator sit et arbiter, ac consequenter de earum usu aliis concedendo pro lubitu queat disponere, in tantum, ut si possibile esset, de quo Mathematici disputant, inveniri ejusmodi perpetuum mobile, cujus ope homines per aërem quasi navigare valeant, tamen Princeps, aut privatus, non teneantur inviti hoc permittere, non magis atque privatus cogi potest, ut vicinus in ipsius aërem moeniana immittat, quanquam utrobique forte nullum damnum alteri appareat, quod per ejusmodi navigium aut emissionem ille incurrat, in cujus aëre fiunt ista. Quoad* mare et litora *ejus, nostri Principes, uti absque peccato certis ex causis quibusdam navigationem per mare interdicere poterunt, ita poterunt quoque ejusmodi personis prohibere, ne casas ponant in litoribus maris, aut retia ibi siccent, imo et contra facientes punire, modo tamen iis parcant, qui non ex proaeresi, sed citra voluntatem, per tempestatem et naufragium ad litora appelluntur. Si vero navigationem per mare concedunt Principes, consequentia quoque navigationis, quae in utilitate innoxia sunt posita, utpote casae extructionem, retium exsiccationem concessisse videntur. Haec ergo omnia, quae hactenus allata sunt, aliter forent decidenda, si aër, aqua profluens, mare et litora maris essent res communes. Tunc enim cuilibet homini*

permittendum foret aërem nostrum et aquam profluentem pro lubitu haurire, in mari pro lubitu piscari et navigare, litoribus maris pro lubitu uti: Atque, si communis hic usus denegaretur, denegantes coërceri possent, si privati sint, per actionem competentem, si principes aut populi, per bellum, ut in usurpatione juris sui neminem impediant. (5) *Restant* ferae bestiae, *quas hodie in dominio principis esse, firmiter arbitror, qui et earum venationem aliis pro lubitu hodie concedit. Non ergo quisquam, cui id a Principe non permissum, usum venationis, tanquam rei communis, praetendere poterit.*

5. (e) *Publicae* res dicuntur, quae sunt in patrimonio populi Rom. usu autem omnium hominum, §. 2. 4. *et* §. *h. t. l.* 5. *de D. R.*

S c h o l i u m.

Imo potius eorum, qui sunt de illo populo libero, vid. not. ad Strauch. VI. 3. p. 60.

R e s p o n s i o.

Populus, vel summa potestas cujusque populi, semper est arbiter et moderator Publicarum rerum; sed usus innoxii fluminum, portuum atque riparum, non modo civibus, sed etiam exteris patent, juxta illud Latonae ad inhumanos agricolas satis notum:

Quid prohibetis aquas? Usus communis aquarum est.

Idemque Justinianus in d. §. 4. *docet. Aliquos tamen usus majori cum libertate civibus concedi posse, non negem. Sed vide hac de re* part. 2. Digress. libr. 2. cap. 1. *ubi prolixe egimus de novella opinione, quae nullum vult esse discrimen inter res communes et publicas, jure civili.*

N. A d d i t.

Sed usus innoxii fluminum non sunt usus primarii, et quoad usus innoxios etiam valet dispositio populi. Inde facile excipi potest adversus ea, quae hic respondet Autor, si modo apponatur nota ad Strauchium, citata in Scholio. Dixeram: *Quoad definitionem rerum publicarum, duae interpretum sunt opiniones; et quoad* proprietatem *quidem in eo conveniunt, quod res publicae sint in patrimonio populi. Quod vero usum concernit, alii rerum publicarum usum etiam omnibus hominibus putant esse communem, ut Autor hic: Alii tantum communem esse arbitrantur omnibus, qui sunt de illo populo. Quoad mentem Justiniani, utraque opinio textibus quibusdam juris nititur. Et auctoris sententiae quidem maxime favere videtur.* §. 4. Inst. de R. D. *verbis*: usus publicus est, *junct.* §. 5. Inst. eod. *verbis*: usus publ. *Quoad rei veritatem vero sententia Auctoris non subsistit. Nam jamdudum ostenderunt eruditi, principem non esse obligatum ut cuilibet peregrino permittat in fluminibus, portis, ripis, viis publicis (quae sunt exempla publicarum rerum) navigare, piscari, iter facere, (in quibus consistit usus harum rerum praecipuus) quamvis hic iterum dissentiat Grot.* l. 2. *c.* 2. §. 13. *Imo ne omnibus quidem de populo ita communis est usus harum rerum, ut a Principe aut Magistratu, non possint quidam ab ipso usu arceri, praeprimis, si piscaturam aspiciamus. Hodie enim, quamvis videamus quotidie apud nos permitti arundine in flumine publico piscari, aliis tamen instrumentis, v. g. retibus piscari, cuilibet non licebit. Et hactenus recte scribit Schultz.* in Synops. ad tit. de R. D. lit. b. *jus piscandi multis seculis in totum exolevisse, cum piscationem fluminis publici, aut Magistratus loci per quem flumen decurrit, aut accolae fluminis public., sibi vindicent.*

Porro Respubl. dominium duplex habet; unum eminens, alterum proprietatis. Illud in omnes civium res, hoc in iis, quae a nullo privato tenentur, sed ad Rempub. immediate pertinent. Atque hae res duorum generum esse videntur; quarumdam proprietas ad Rempubl. sed usus ad omnes ac singulos spectat, ut sunt *flumina et portus.* §. 2. *h. t.* Aliarum usus etiam pro Rempubl. comparatus est, ut nihil inde lucri ad singulos pertingat, nisi quatenus membra Imp. sunt. Tale est *Ærarium*, *Fiscus*, Fundi, omniaque bona, quae dicuntur *Reipubl. arg. l.* 16. *d. V. S. l.* 2. §. 4. *et* 5. *Ne quid in loco publ. l.* 3. §. *pen. de jur. fisc.* Sed de priori genere *hic* tantum agitur, nec plura numerantur publica, quam portus et flumina, *pene omnia* habet *l.* 4. §. 1. *de D. R.* torrentes enim χειμάῤῥοι, hyemales fluvii, qui aestate arescunt, agris cedunt: *l.* 1. §. 2. *et seqq. de flumin.* Perennes sunt publici, quibus est τὸ ὕδωρ τὸ ἀέναον, *aqua* perennis, ut Theoph. ita aquam profluentem vocat, quae communis est et a flumine differt; unda nempe, quam flumen volvit; Florus *amnem* dicere sudet, *l.* 1. *c.* 1. *Tiberinus amnem repressit*, Tiberinus enim est ipsum flumen, *d. l.* 1. *c.* 4. in portu flumiuibusque jus piscandi commune est, ait Imp. *in* §. 2. *h. t.* Receptum tamen videtur,

(e) *Pos.* 6. 7.

ut si quis in diverticulo fluminis solus longo tempore piscatus sit, hic alios in eodem diverticulo prohibere possit, *l.* 7. *de divers. temp. praescr.* quanquam alioqui praescriptio in locis juris Gentium cessat, ita nempe, ut tempore impleto, irrevocabile eorum jus adquiratur, aliarum instar rerum; Quam primum enim desierit piscari, publicum piscandi jus reviviscit, et hoc sensu capiendam esse *l.* 45. *pr. de usucap.* exemplum aedificii in litore ostendit, nam diruta domo, solum antea privatum denuo fit commune, *d. princ.* sed absque hac quasi possessione, nemo alium prohibere potest in mari, vel flumine piscari, ne quidem ante foras suas citra injuriam. *l.* 13. §. *ult. de injur.* Moribus hodiernis, piscandi jus in mari Oceano commune, ut mox *latius*; in sinu maris, est publicum, competens omnibus ex populo, cujus est ille sinus. In fluminibus magis est restrictum; hamo pisces ducere cuivis licet, non aliis instrumentis. Grot. 2. *manud.* 4. Apud nos tamen laxior hujus rei facultas relicta est, et in fluminibus lacubusque publicis promiscua est piscatio, modo species non destruantur, cui rei leges dictae *l.* 4. *Statut. Fris. tit.* 7. Nisi consensu quoque accolarum certis personis, aut praediis piscandi jus tributum fit, quae vicissim aliud onus, reficiendi pontes, aut simile quid, receperint, ut frequenter apud nos fit.

6. (f) Non ut litora jus maris sequuntur, ita ripae ejusdem sunt juris cum fluminibus. Etsi enim *usu* sint publicae, ut exponitur §. 4. *h.* et capienda est *l.* 3. *de flumin.* proprietas tamen est privatorum, qui proxima habent praedia, quatenus ripis contigua sunt, *d.* §. 4. *h. l.* 5. *de D. R. l.* 30. §. 1. de *A. R. D.* Ripa autem non pro extrema alvei *crepidine*; nam haec pars fluminis et dominii publici est; sed pro parte adjacentis terrae accipienda, ut ex §. 4. *h. et d. l.* 5. *h. t.* colligitur, cum arbores in ea nasci, onera inibi deponi dicantur. Proinde quod habetur in *l.* 1. §. 5. *de flumin.* ripam esse *id, quod flumen naturalem cursus sui rigorem tenens continet*, laxius accipiendum cum Paulo in *l.* 3. *inf. eod.* qui ripam cedere ait, *ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam.* Frustra igitur Hotom. *ad hunc* §. 4. ripam ejusdem plane juris cum flumine et alveo, tanquam alvei partem, esse vult.

7. (g) Res universitatis ut intelligamus quid sint, definienda universitas. Wesenb. *tit. D. Quod cujusque univers.* §. 2. *est*, ait, *Hominum in civili societate viventium communitas*; sed quia haec verba liberam quoque Rempubl. comprehendunt, ideo addit, *qualis est in oppidis et pagis.* Sed quorsum tunc collegia, et ἑταιρίαι, quae *societates* dicuntur in *l.* 1. *d. t.* ac etiam universitates sunt, ut ex *eod. tit. et l.* 10. §. 4. *de in jus voc.* liquet? Facilius species inveniuntur universitatum, quam definitio. Videtur negative definienda universitas, Civilis hominum societas, quae nec familia, nec libera sit Respubl. ut collegia Artificum, Studiosorum, quae Academiae, vici, pagi, Jurisdictiones, civitates seu municipia; quae saepe quidem Respubl. vocantur, *d. l.* 10. §. 4. *et passim*, at subordinate et analogice; nam proprie Respubl. dicitur, quae libera et nulli subjecta est. Ita et bona universitatum publica dicuntur in *l.* 17. *de V. S.* publica municipii, *l.* 38. *de negot. gest.* sed abusive. *l.* 15. *de V. S.* Nam pari jure cum privatis utuntur. *l.* 16. *inf. eod. et l.* 81. *de furt.* Universitatis igitur res sunt non tantum theatra, stadia, §. 6. sed et alia quaevis bona ad corpora, quae diximus, pertinentia. Quae sunt universitatis, singulorum non sunt, §. 6. *h. l.* 6. §. 1. *de D. R.* unde a Cajo *Nullius* dicuntur in *l.* 1. *eod.* Quod autem Ulpianus inter res singulorum Universitatem refert, *l.* 1. *de interdict.* id de universitate non hominum, sed rerum, ut est hereditas, accipit. Verum Res municipii non sunt singulorum civium; effectum id in servo et liberto praebet. *l.* 1. §. 7. *de quaest. l.* 10. §. 4. *de in jus voc.* Item *l.* 7. §. 1. *Quod cuj. univers. Quod universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.* Senec. 6. *de benef.* 20. *Si quis Patriae meae pecuniam credat, non dicam me illius debitorem, nec hoc aes alienum profitebor, aut Candidatus, aut reus*, (de sensu ultimorum verborum vid. Lips. *ibid.*) Proinde in lite universitatis non prohibentur esse testes, qui membra ejus sunt, quasi in propria causa, contra *l.* 10. *de test.* modo singulorum pecuniarie non intersit. Monsrc. *ad l.* 6. *de D. R. et l.* 3. *C. de test.* Quod in causa crediti debitique futurum est, si, ut Seneca tradit, cives singuli ad *exsolvendum aes* alienum Reip. *portionem suam dabunt; non tanquam pro patria conferentes*, ut dixerat *in fin. cap.* 19. quae non est hujus loci quaestio. Adde quae dixi ad *tit. ff. Quod cuj. univers. nom.*

8. (h) Res *Nullius* dicuntur aut *negative*, ut sic loquar, aut *privative.* Isto modo, quae necdum habent dominium, at semper habere possunt, ut de communibus dictum: privative, res quae non possunt esse alicujus, ut res sacrae, religiosae et sanctae, quae sunt omnes divini juris §. 7. *h.* hominumque exemptae commercio.

(f) *Pos.* 8. 9. (g) *Pos.* 10. *et* 11. (h) *Pos.* 12. 13. *et seqq.*

S c h o l i u m.

An omnium, an saltom privatorum? Si illud, mox ostendotur contrarium. Si hoc, non justa est oppositio; nam inter res communos maro v. g. a privatis non potest occupari.

R e s p o n s i o.

Oppositioni firmandae dicam, res sacras utique omnium commorcio esse exemptas, jure civili; tametsi Respublica, ut erat Romae, forte consecrationes retractaro potuerit, apud Judaeos non potorat; vorum sufficiat heic dixisso, ros sacras, roligiosas, et sanctas privatorum commercio esso exemptas, nec inde laborat oppositio rerum nullius in utroque sonsu; quod scil. ros nullius negative *a quolibet adquiri possint. Atqui maro, ait Scholiastes, est o rebus nullius negativo sensu, et tamen a privatis occupari non potest. Quasi exceptio regulam evertoret; opponimus Ros nullius diverso sensu inter se, plerasquo, ita ut ros* Negative *Nullius, ab omnibus occupari possint, quia nompe sunt occupationis capaces, cujusmodi mare non esse, diximus antoa.*

N. A d d i t.

Sed hic modus regulam tuendi, eam facit ridiculam. Regula est; quicquid nullius est, cedit occupanti. Explicatio regulae: intolligitur de rebus communibus, sed nullius negative. Opponitur; atqui mare est res communis et tamen non cedit occupanti: Respondet Autor; regula valet, si res sit occupationis capax: Ergo sensus regulae hic orit: Quicquid est res nullius, cedit occupanti, si nempe cedit occupanti. Quis tales regulas juventuti inculcarot?

S c h o l i u m.

Has omnes (intelligit res sacras, sanctas, religiosas) *osse in dominio Reip. ostendit in notis ad Strauch.* VI. 5. pag. 61. et seqq. *Et quamvis profanari non debeant res sacrae, tamen a negatione usus omnimodi, ad negationem dominii non valet consequentia.*

R e s p o n s i o.

De dominio Reipubl. in ros sacras ot sanctas nolim heic litigare; quia sufficit, quod diximus, has res commercio exemptas dici, rospectu privatorum; sanctas ros hodie a publicis non differro, in positionibus *ipse collocavi, et dicotur infra disortius. Sepulchra noc juro civili, nec hodierno publica dici possunt, quia ad privatos spectant, olim usu, hodie quoque proprietate, suntque in commercio omni die.*

N. A d d i t.

Etsi vero sic facile conveniat cum Autore, manet tamen lis cum jure Justinianeo, quod ros divini juris sint extra commerciam omnium hominum. Igitur cum Autor tum non habuerit ad manus locum allegatum in Scholio, melioris declarationis orgo hunc apponamus. Dixeram: *Res divini juris in commercio reipublicae esse, nullum est dubium, quin videmus alionatis rebus profanis, et v. g. integris municipiis, simul alienari templa, sepulchra et muros. Adeoque conveniunt cum rebus publicis, quoad proprietatem, uti et res ocrlosiasticao, quae quomodo a rebus sacris differant,* vid. *Struv.* exerc. 31. th. 71. *Forto ita dici posset: Res publicae sunt vel profanae, quarum usus spectat ad singulos de populo, ut flumina, etc. vel non profanao, quao iterum, vel sacrae, quarum usus spectat ad cultum divinum, vel ecclesiasticae, quarum usus spectat ad ministros Ecclesiae, etc. vel religiosae, quarum usus est in sepeliendis mortuis, vel sanctae, quarum usus spectat etiam ad singulos, ita tamen, ut iis non debeant abuti. Ita secundum hypothesin, quod religiosae, et sanctae res sint juris divini, moribus Christianorum res sanctae potias inter profanas referendae forent.*

S c h o l i u m.

Ad verba, quod res nullius dominum semper habere possunt. *Ergo et maro, inquit, redigi poterit in dominium, quod tamen in Digressionibus negat.*

R e s p o n s i o.

Innocua captio; dixi, res nullius, etsi non sint in dominio, sempor tamen in dominium redigi posse. Mare tamen, ut erat res, oxcepimus, quia non est res dominii et occupationis capax, ut in Digressionibus lib. 4. a cap. 11. *demonstravimus.*

N. A d d i t.

Sed ex modo dictis jam patet, responsionem hanc non tollero vim objectionis, sed regulam, quod ros negative nullius cedat occupanti, per istam exceptionem de mari ridiculam.

Res porro Sacrae dicuntur, quae rite per Pontificem Deo sunt consecratae, §. 8. *h.* a *Principe*, additur *l.* 9. §. 1. *do D. R.* Quia post mortem *M. Lepidi* Triumviri et Pontificis Max. Augustus et posteri Caesares Pontificatum

cum Principatu junxerunt, Sueton. *in Octav. cap.* 40. Unde apud Tacit. 3. *Ann.* c 58. *Nunc Deum munere summum Pontificum etiam summum hominum esse.* Ratione igitur causae efficientis omnia sacra publica, privata nulla, *d.* §. 1. *l.* 9. *h. t.* sed haec profana censentur. Unde Cicero quod sibi fanum privatim dicabat, *quasi consecratum* appellat. 12. *ad Att.* 19. *et* 35. Quaedam tamen sacra dicuntur privata, ratione finis et usus, ut sunt aedes deorum in fundis privatorum, quibus familiae certae ad sua gentilia sacra utebantur, *l.* 9. §. 1. *ad L. Jul. pec.* quae pariter cum fundis vendi poterant, *l.* 24. *de contrah. empt.* ita et domestica erant sacra Larium et penatium, de quibus in *l.* 1. *de rit. nupt.* Unde in XII. Tab. *Sacra privata perpetua manento.* adde Fest. *in voce, sacra.* Macrob. 1. *Saturn.* 16. Cic. *de harusp. resp.* Sunt autem res sacrae aut vere tales, quae proprie consecrantur et instrumenta sunt cultus divini, vel *quasi* sacrae, non eo sensu, quo dixit Cicero, sed quae adjuvant et sustentant potius divinum cultum, quam immediate ei inserviunt. Prioris generis sunt templa, altaria, donaria, vasa sacrorum; posterioris, praedia et bona Ecclesiastica. Sed vere sacra, praeter verbum *Dei* et sacramenta, in professione *Novi Test.* nulla dantur, quia consecratio procul dubio est inter caeremonias, quae a Servatore nostro omnes cruci sunt affixae, *Col.* 2. *v.* 14. (4)

S c h o l i u m.

Imo habent consecrationes, a quovis ministro verbi divini; jussu Principis, exercendas, Struv. III. 70. *Strauch.* VI. 5.

R e s p o n s i o.

Videtur esse εὐδιάβλητον *quod diximus, non esse consecrationes, neque res sacras amplius in Novo Testamento; sed mirum non videbitur iis quibus simplicitas bene cognita est Evangelii, quo carnalis et palpabilis cultus rerum pereuntium, vel corporalium nullus est, sed tantum in spiritu et mente pura. Quae hodie fiunt inaugurationes templorum, scholarum, rerumque eodem pertinentium, sunt instituta pia externa, sed rebus nihil characteris religiosi imprimunt, quin eadem in alios usus, ubi res tulerit, converti possent. Adeoque nihil sunt aliud res istae, quam piis usibus destinatae, vel si malis, sunt quasi sacrae.*

N. A o d i t.

Cum in eo sentiam cum Autore, moribus Christianis, certe in territoriis Principum Evangelicorum res divini juris pertinere ad rem publicam, facile et in eo consentire possim, quod apud nos templa sint quasi sacra, propter illam quasi consecrationem.

Proinde res Ecclesiasticae, seu proxime, seu mediate cultui divino serviant, sunt omnes *quasi sacrae* Res piis usibus destinatae.

S c h o l i u m.

Cum rebus sacris non confundendae sunt res Ecclesiasticae. Templa, vasa sacrorum sunt res sacrae; fundi reditusque Ecclesiastici, sunt res Ecclesiasticae, *Struv.* III. 71. *quasi sacras vocat Autor, et huc etiam referendae sunt eleemosynae, nisi has plane pro tertio genere velis habere, uti similiter de Campanis notat Strauch. d. l.*

R e s p o n s i o

Si verum est, quod verissimum esse norunt Evangelici, non dari amplius bona religiosa charactere consecrationis affecta, nec adeo res vere sacras, sequitur, omnia sacris usibus destinata esse Ecclesiastica; non repugno tamen, quo minus sicut heic a nobis factum, ea, quae cultui Dei proxime inserviunt, quasi sacra, ut templa et vasa sacra; quae mediate serviunt, ut praedia, dicantur Ecclesiastica. Eleemosynae domusque miserabiles sint res piis usibus destinatae. Bona templorum etiam ab omnibus illis distinguuntur e tit. Cod. de locat. praed. Civil. vel fiscalium sive templorum.

N. A o d i t.

Et hic non dissentio. Scholium magis pertinet ad sensum Juris Justinianei et Canonici seu Pontificii. Et apud Protestantes tamen aliqua distinctio manet, quod nempe ad res quasi sacras prioris generis, requiratur quasi consecratio seu inauguratio quaedam solemnis, non ita ad res Ecclesiasticas.

Caeterum prohibita alienatio, tam in quasi, quam vere sacris habet locum, *d.* §. 8. *Nov.* 120. *c.* 1. exceptis quibusdam causis, ut ob redimendos captivos, *d.* §. 8. alendos in fame pauperes, *l.* 22. *C. de SS. Eccl.* et solvendum aes alienum Ecclesiae, cui aliter pareri

(4) *Loquitur hic rursus auctor ex sententia illius sectae, quae et Traditiones et Ritus sacros cum supercilio spernit. Caeterum, haec refellere, non est hujus instituti. Hoc tamen praetermitti non potest: Ecclesiam ipsorum, vel ipsis fatentibus, vere sacram non esse. Scio coetum fidelium ritu externo non consecrari, sed nec Verbum Dei, quod Auctor nihilominus, vere sacrum esse, recte ait.*

nequeat, Auth. *praeterea eod.* Idem juris est in bonis domuum miserabilium, ut sunt orphanotrophia, nosocomia etc. *d. N.* 120. *c.* 1. Strictius tamen prohibetur alienatio vere, quam quasi sacrorum; illa enim nec oppignorari possunt *d.* §. 8. *et l.* 22. Haec autem pignori et in emphyteusin recte dantur, *d. N. c.* 3. 4. 5. 6. quae causae alias sub prohibita alienatione continentur. *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Cum Imperatore etiam permutari, *N.* 119. c. *pen.* item cum aliis Ecclesiis, *d. N.* 120. *c.* 7. *pr.* quin et vendi possunt ob evidentem utilitatem, * velut, si quod praedium tributis supra modum sit gravatum, ut ad Ecclesiam οὐδεμία πρόσοδος, *nullus* prope *reditus* perveniat *d. N.* c. 7. Enimvero etiam prohiberi potest, ne Ecclesiis res immobiles adquirere liceat, quod ob graves causas a multis Principibus factum. Ita *Niceph. Phocas* apud Zonar. *tom.* 3. edixit, ἐν ἀκινήτοις τὰς ἐκκλησίας μὴ πλατύνεσθαι, *Rebus soli Ecclesias non augeri.* Prohibitae alienationi convenit, non posse res sacras in usus profanos converti. Neque enim alia prohibitae alienationis est causa, ut ex citatis liquet textibus. Consecrationis character perpetuus et indelebilis est. *d.* §. *in fin.* 8. *h. t.* Etiam causa, per quam res ad pios usus destinatur, perpetuum habet effectum, Domini voluntas rem Deo et Ecclesiae addicentis. Quod in homines transfertur, nullo tempore iis aufertur, nec a Principe jus suum cuiquam adimi potest, ut alibi dictum: proinde nec Deo, neque Ecclesiae. Sed quod Pagani suis diis consecrarunt, cum sit Diaboli proprium, ut Apostolus testatur, merito in Fiscum redigitur, vel iis cedit, quibus Princeps concessit, seu privatis, sive Ecclesiae. *l.* 5. *C. de Pagan.* Diversa haud dubie ratio est eorum, quae a Christianis, licet haereticis, superstitionis opinione cultui divino dedicata sunt, modo fundamenta Christianae veritatis non prorsus inter eos extincta sint, et aliquam, etsi corruptam, habeant Ecclesiam; Verum enim est, eas res tunc cultui divino esse addictas, cui subduci nequeant ob superstitiosam forte causam donationi, vel legato adjectam; constat enim, rationem legandi legato non cohaerere, adeoque nec falsam, neque pravam causam vitiare legatum. *l.* 72. §. 6. *de condit. et demonstr.* Recte etiam ad hanc rem citatur *argumentum l.* 16. *de usu et usufr. leg.*

9. (i) *Religiosa* loca dicuntur in quae mortui illati sunt ab iis, qui jus inferendi mortuum habent. §. 9. *h. t.* Sabinus quod Gellium *l.* 4. *c.* 9. Religiosum ait esse, *quod propter sanctitatem aliquam remotum ac sepositum a nobis est: verbum a relinquendo dictum, tamquam caeremoniae a carendo.* Alio sensu *religiosum* dici Gellius scribit, quod ob triste omen homines *relinquunt.* Utroque sensu sepulchra possunt religiosa vocari: nam et reverenter veteres habebant sepulchra, etiam pro templis, ubi sacra fierent, ut docet Lil. Gyrald. de *diis gentil. syntagm.* 17. an etiam in horrore quodam erant, ut quaevis mortualia, quibus contaminari vivos credebant. Hinc Tiberii in Germanicum reprehensio, cum caesos clade Variana sepeliisset: *Imperatorem auguratu et vetustissimis caeremoniis praeditum, attrectare feralia non debuisse*, Tac. 1. *ann.* c. 62. hinc et Lex XII. T. *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito*: quanquam et aliam rationem Cicero 2. *de LL.* reddit. Athenis simile jus fuit, et quidem religionis causa. Scribit enim Sulpicius ad Ciceronem: *ab Atheniensibus, locum sepulturae intra urbem ut darent,* (parentis pro M. Marcello interfecto) *impetrare non potui, quod religione impediri se dicerent, neque tamen id antea cuiquam concesserant. lib.* 4. *ad Fam. ep.* 12. Postea ob Hadriano generaliter est vetitum sub poena 40· aureorum, *ne quis in civitate sepeliret*, *l.* 3. §. 5. *de sepulcr. viol.* ne sanctum municipiorum jus polluatur, *l.* 12. *de Relig.* quod mutavit Leo *Nov.* 53. Porro Sacra diximus omnia, quod ad caussam, publica esse, fine et usu quaedam privata; in Religiosis contra est; nam haec causa efficiente privata sunt ex cujusque voluntate, §. 9. *h.* quaedam jure et usu publica. Tenuiores, qui hortos et agros non haberent, in suburbanis viis aliisque publicis locis sepeliebantur, ut Aggenus Urbicus tradit. Et Judaei mercedem sanguinis a Juda rursum obtrusam impenderunt agro publico emendo, εἰς ταφὴν τοῖς ξένοις, *ad sepulturam peregrinorum. Matth.* 27. *v.* 7. Illato cadavere locus fit religiosus, seu toto, seu principali parte, quae non est cor, sed caput, *cujus imago est, unde cognoscimur*, *l.* 44. *de relig.* Debet autem inferri cadaver hoc animo, ut *quasi aeternam sedem* habeat, ait Paulus *in l.* 40. *eod.* sedes pro sepulchro etiam ponitur, *l.* 2. *C. de SS. Eccl. et ult. C. Theod. de sep. viol.* ubi, *sedes Apostolorum*, quod explicat Constantinus in *l.* 4. *C. eod. Qui sepulcra*, inquit, *violant*, *domos*, ut *ita*

(i) *Pos.* 20. *et seqq.*

* Ita et apud nos Decretum Consistorii causam alienationis adprobet. v. *Art. Gen.* 28. *j. c.* 3. *d. reb. eccles. non al.* 6.

dixerim, *defunctorum*. Palinurus apud Virgil. *Æn.* 6. *Sedibus ut saltem placidis in morte quiescam*. Porro, non ut aede diruta locus manet sacer, §. 8. *in fin. h.* ita sepulcrum cadavere sublato, religiosum est, sed purum habetur. *d. l.* 44. §. 1. Transferre tamen cadaver non nisi venia a Pontifice impetrata licet *l.* 8. *pr. de Relig.* etsi illatum ab eo sit, qui jure non poterat, *pr. d. l.* 8. *eod.* Habet autem hoc jus, qui pleno loci dominio potitur, vel cui is hoc concesserat, sive ab initio, seu per ratihabitionem, *d.* §. 9. *in fin.* non, qui proprietatem solum, vel usumfr. habet. Non socius invito socio, nisi locus jam ante sepulcrum sit, aut ei destinatus, vel denique sociorum aliquis sit mortuus, quem etiam in locum purum, invito socio, inferre licet. *d.* §. 9. juncta *l.* 41. *de relig.* Ex his liquet, Κενοτάφιον, tumulum inanem, ut a Virgilio vocatur Hectoreum monumentum ab Andromache structum, 3. *Æneid.* sepulcrum *honorarium*, ut Sueton. in *Claud.* c. 1. quod cadaveris vacuum, sed in mortui honorem paratum est, non esse locum religiosum, ut a Marco Philosopho et L. Vero, minuendae superstitionis causa, decretum est. *l.* 6. §. *ult. de Relig.* Nam ab antiquis religiosum id habitum esse, dubium non est, uti recte Marcianus ex Virgilio probabat, *d. lib.* 3. *Æn.* ubi Andromache ad cenotaphium mariti *sacraverat aras*; *libabat cineri*, *manesque vocabat*. Haec Marciani sententia refertur *in l.* 6. §. *ult. de D. R. Sed Div. fratres contra rescripserunt*, subjicitur immediate a Triboniano, verbis Ulpiani in *l.* 7. prorsu ut in *d. l.* 6. §. *ult. de Relig.* quod rescriptum Marcianus ignorasse videtur; cum vixerit post Fratres divos sub Alexandro Mammeae, ut Lampridius scribit. Inter hos textus de religione cenotaphii antinomiam esse vult A. Matth. *disp. Inst.* 9. *th.* 13. *et seqq.* profecto sine ulla necessitate. Nam etsi Marcianus dissenserit, Justinianus auctor Pandectarum mox eum refutat. Uno spiritu legenda sunt ultima *d. l.* 6. *de D. R.* et verba *l.* 7. Nam totus Pandectarum contextus est continuus et Justiniani proprius. Nomina JCtorum tantum praefixa sunt, ut auctoribus debita laus maneret. *l.* 2. §. 10. *C. de V. J. E.* Si referam ego sententiam alterius et mox eum refellam, numquid tum ob relationem alienae opinionis a me ipso dissentire dicar? Fatendum, multos abuti distinctione inter narrationem et dispositionem legum ad tollendas contrarietates; sed ideo non debet nunquam usurpari. dix. *lib.* 5. *Digress.* c. 4.

(t) (k) A religiosis et sacris differunt *Sanctae*, (etymologiam vid. in *l.* 8. §. 1. *de D. R.*) quae sanctione, id est, poenali constitutione adversus violatores sunt munitae; nam sanctio dicebatur poenalis clausola legis, §. 10. *h.* ubi exempla sanctarum rerum, *Muri* et *Portae* civitatis. *l.* 8. *et l.* 9. §. 3. *de D. R.* Imo Romani ἅπαν τὸ τεῖχος ἱερὸν πλὴν τῶν νομίζουσι, *omnem murum putant sacrum*, *praeter portas*, ait Plutarchus *in Rom. Vinnius ad* §. 9. *h.* distinguit, quasi Jure Pontificio portae non sint sanctae, secus apud JCtos. Atqui Plutarchus non negat portas esse sanctas, hoc est inviolabiles, sed sacras esse negat, quia multa per eas non pura invehuntur. Puniuntur capite qui portas et muros violant, *hoc* §. 10. quod communiter ad urbem Romam restringunt, licet sint generales de muris civitatis, et municipales muri aeque sint sancti atque Romani, *d. l.* 8. §. *ult.* Sed esse aliquam inter urbem gentium dominam eique subjectas civitates differentiam, hae tam aequo animo pati debuere, quam imperium passae sunt. Ideoque in communi interpretatione acquiescimus; poenam capitis de urbe Roma esse intelligendam, cujus mentio tantum fit *l. ult. d. tit.* Moribus nostris, poena haec etiam fuerit extraordinaria pro magnitudine periculi atque intentione animi, qua delinquentes usi sint. Caeterum, ipsi muri portaeque sunt et habentur hodie res vere publicae, non universitatis, quibus muri portaeque pro monumentis adhibentur; quia jus muniendi ad *armandiam*, Feudistis appellatam pertinet, quae cum ex numero sit Regalium, solius summae potestatis in manu est; idemque dicendum, etsi civitates suo forte sumptu portas et muros excitaverint atque sustineant; hoc enim securitati suae, cujus a jure distincta ratio, imputabunt.

11. (l) Res *singulorum* supra esse diximus], quarum nomine competit actio, uti rem amisisse dicitur, qui nullam ejus persequendae actionem habet. *l.* 14. §. 1. *de V. S.* Actio est in rem, vel in personam. In rem, qua petimus rem nostram In personam, qua persequimur rem nobis debitam, ut plenius ad §. 1. *I. de action.* Res nostra proprie quidem dicitur, quae est in Dominio nostro, *l.* 190. *de R.* 1. *et l.* 66. *de R. V.* cujus vindicandae jus habemus, *l.* 49. *de R. V.* ita ut id, quod *suum* est, opponatur ei, quod in credito est, *l.* 27. §. 2. *et l.* 31. *in pr. de aur. arg.* quanquam non raro quod *suum* est, ad ea quae nobis debentur extendi videmus, *l.* 6. §. 6. *quae in fraud. credit. l.* 96. §. 1. *de solut.* Generaliter igitur, Res nostrae *singulorum* sunt, quas actione, vel reali, vel personali persequimur. Actionis in rem fundamentum est, non modo dominium, sed latius omne *Jus in re*, ita dictum; Fundamentum

(k) *Pos.* 23. *et* 24. (l) *Pos.* 25. *et sèqq.*

personalis actionis est, *Jus ad rem*, vulgo dictum. Haec enim recepta est distinctio inter jus in Re et ad Rem, ex Jure Canon. c. 8. *de concess. praeb. in* 6. *et* 40 *de praeb. in* 6. In jure civili haec oppositio specierum nusquam reperitur. Jus in re memoratur quidem saepius, at non perpetuo hoc sensu, cum aliquando tam late pateat, ut omnes causas ejus quod interest complectatur. *l.* 2. §. 22. *de Vi bon. rapt.* Sed jus ad rem ita simpliciter nusquam nominatur: quanquam docendi causa lubenter his terminis utimur. dix. *lib.* 4. *Digress. c.* 4. Sequitur hanc doctrinam Grotius 2. *manud. c.* 1. §. *ult.* quando Jus circa res dividit in *Beheering, en Inschult. Beheering.* est jus in Re, quod subtilius, ait esse *Recht van toebehoorem bestaande tusschen den mensch en de sacke, sonder noodig opsicht op een ander mensch.* Iterum *Inschult*, Jus ad Rem, est, *Rect van toebehooren, dat de eene mensch op den anderen heest, om van hem eenige saeke te genieten.* Hoc exemplo nobis quoque, Jus in Re sit, *Facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam.* Unde producit actionem in rem ubicunque ea sit et contra quemcunque possessorem. Jus ad rem est, *Facultas competens in aliam personam, ut nobis aliquid det, vel faciat*, quod ideo producit actionem *in* certam *personam*, non contra tertium. Eodem modo definitur obligatio; nam qui alium habet obligatum, jus ad rem habere dicitur, ut *in loco* videbimus. Nos quinque Species Juris in re statuimus, *Dominium, Jus dominio proximum*, vulgo *utile Dominium, Hereditatem, Servitutem, Pignus.* Quod si tu utile dominium pro specie distincta dominii malis accipere, quod per me licet, recte dices, *quatuor esse juris in re species, ut est in positionibus.*

S c h o l i u m.

Imo potius unica, Dominium nempe, sub quo hereditas, servitus, pignus, commode possunt comprehendi, per tradita a nostro τῷ πάνυ Bornio dissert. Inaug. de jur. in Re. *confer. Auctorem supra* n. 1. *verbis*, de dominio.

R e s p o n s i o.

Haec sententia non praestat nobis hunc usum, propter quem unice terminum et species Juris in Re in Scholiis recepimus, ut distincte concipere possimus fontes actionum in Rem. Quod si dominium deinde partiaris in dominium stricte dictum, hereditatem, servitutem, pignus, quid lucis aut compendii feceris dic sodes, nisi quod dominii significationem negligentiorem et confusam oculis objeceris. Ego quidem Justiani tractatum de Rebus in pr. h. t. *in duo summa Capita partitus sum, quae sunt de dominio et de obligatione. Sed hoc ideo, quia Juris in Re terminus Auctoribus Artis nostrae fuit incognitus, eo sensu, quo nunc usurpatur. Id non praejudicat usui Scholastico, cujus respectu me hanc de jure, quod in Re vocatur, doctrinam sectari, saepe professus sum.*

N. A d d i t.

At vero facile est dicere, quid lucis aut compendii faciamus, si dicamus dominium in genere esse fontem actionum in rem et deinde dominium dividamus in dominium stricte dictum, seu rerum corporalium, et dominium juris, i. e. hereditatis, servitutis et pigneris. Idem enim hic compendii et lucis est, atque rem ex altera parte dicimus, fontem actionum in personam esse unicum, nempe obligationem, et obligationem postea dividimus in obligationem ex contractu, vel ex delicto, vel variis causarum figuris, i. e. ut Cajus loquitur, ex quasi contractu et quasi delicto. Si vero fontes actionum realium secundum usum Scholasticum dicimus esse quatuor, dominium, hereditatem, pignus et servitutem, quid lucis et compendii hic est? Cum nemo fontes actionum in personam similiter dicat esse tres, vel quatuor, cum tamen hic eadem subsit ratio.

Dominium, quia excellit et jus caeteris perfectius est, ideo suum nomen saepe retinens, a jure in re separatur, *l.* 30. *de nox. act. et l.* 19. *de damno inf.* sub quo tamen aliquando continetur, *l.* 8. §. 1. *C. de praesc.* 30. *vel* 40. *ann.* et dicitur plena in re potestas, §. 4. *I. de usuf.* nec dubium, quin rem afficiat ubicunque sit, quod est proprium juris in Re, *l.* 23. *de R. V.* quod cum non faciat possessio, potest adeo nec fieri, ut sano sensu jus in Re esse dicatur, nihilo magis ac *Jus detis*, quemadmodum copiose probavimus *l.* 4. *Digress. c.* 9. *et seq.*

12. (m) Primum igitur ac praecipuum jus in Re, est *Dominium*, quod a Grotio definitur. *d. l.* 2. *c.* 3. *Facultas, qua quis rem non possidens, eam jure consequi potest*, quae videtur imperfecta definitio. Plerumque dominium finitur, *Jus, quo res est nostra* (5).

(m) *Pos.* 29. *et seqq.*

(5) *De Dominii definitione consuli meretur Barth. Chesius interpret.* lib. 2. cap, 5o.

SCHOLIUM.

Si Dominium in genere ita describas, nihil deficit, et res satis est clara: si vero in specie dominium corporis, addenda erit vox, quo res corporalis est nostra. Praeterea etiam haec definitio priori videtur praeferenda; quoniam definit a priori, cum illa desumpta sit a posteriori.

RESPONSIO.

De significatione dominii generali et speciali mox videbimus. Sed ultima Ratio in Jure non procedit; rerum moralium vis et conditio maxime in effectis consistit, saltem inde cognoscitur et nusquam melius, quam in illis conspicitur; ideoque inde Juris definitiones optime et luculentissime componuntur, quae a priori petitae sunt definitiones, amant esse obscuriores.

N. ADDIT.

Primo Autor hic obscuram reddit sententiam Scholii nostri. Qui enim id legit, prout hic positum est, putabit ac si per priorem definitionem intelligamus definitionem Grotii, cum tamen intelligamus definitionem Mynsingeri. Ita enim scriptum erat in positione 29. ad quam istud Scholium erat adjectum. Prima species dominium, definitur, jus de re corporali perfecte disponendi, aut eam vindicandi, nisi lex vel conventio obsistat. *Mynsig. ad princ. h. t.* Alii brevius: est jus, ajunt, quo res est nostra, *minus plene et minus clare. Deinde etsi non negem, vim rerum moralium maxime in effectis consistere, eoque tamen credo esse perspicuum, sive quis in definitione denominet causam efficientem, ex qua effectus oritur, (quod est rem definire a priori,) sive denominet effectum, qui ex illa causa efficiente oritur, (quod est rem definire a posteriori.) Interim etiam in moralibus definitiones primi generis creduntur esse perfectiores. Ita et obligatio definitur a priori. Si definitiones a posteriori essent magis perspicuae, obligatio definienda esset, quod sit jus rem petendi per condictionem. Atque sic nemo descripsit.*

Sed rectius et plenius Mynsingerus *pr. l. h. t.* Est *jus de re corporali perfecte disponendi, aut eam vindicandi, nisi lex vel conventio obsistat.* Dispositio *perfecta* continet plenum ac liberum administrandi et alienandi jus quo caeteris juribus in rem opponitur; *excepta hereditate;* nam qui ususfr., servitutem, pignus habet, non nisi certum et coarctatum jus in rem habet. Quia et dominia, ut definitio indicat, saepe legibus aut pactis administratio et alienatio aufertur, ut *infra* videbimus. Alii verbum *corporale* ex definitione eliminant, et volunt, rerum etiam incorporalium esse dominium; idque triplex statuunt *Proprietatis, Servitutis, Possessionis,* sunt etiam qui addunt, *Obligationis.* Quorum mihi sententia non potest probari, his potissimum rationibus; 1. Quia Rerum duntaxat corporalium dicimur habere dominium, *l. 4. pr. Comm. divid.*

SCHOLIUM.

Hic et sequentes textus agunt de dominio stricte dicto, ut et praesens titulus tam hic, quam in Pandectis.

RESPONSIO.

Verum est, dominii vocabulum aliquando tam late sumi, ut omni patrimonio hereditatique conveniat, quomodo accipitur in l. 70. §. 1. de V. S. et l. 48. de Hered. instit. *Nec etymologica significatio dominii a domo. nihil magis hoc refugit, quam hereditatis ab hero. Sed usu notissimo juris, praevalet dominii propria significatio, quae de rebus corporalibus usurpatur. Scholiastes, omnia, quae pro definitione dominii protulimus, distinctione latioris et strictae significationis eludit, quo etiam pertinet sequens ejus Scholium, ubi* vid. resp.

N. ADDIT.

Distinctio dominii in late et stricte dictum non est elusio. Sed isti potius videntur ludere, qui fatentur in jure fundatam esse significationem latiorem Dominii, ut ipse Autor noster id in hac responsione fatetur, et tamen illam latam acceptionem non volunt esse propriam, sed proprietatem significationis attribuunt soli Dominio rerum corporalium.

2. Quarum rerum habemus dominium, earum specialis vindicatio datur, *l.* 1. *l.* 23. *pr. de R. V.* sed haec incorporalibus non convenit. *l.* 5. §. 4. *l.* 6. *de R. V.* 3. Res quae sunt in dominio tradi possunt per *l.* 20. *C. de Pact.* Incorporalia tradi nequeunt, *l.* 43. §. 1. *de A. R. D.* 4. Quod potest usucapi, hoc etiam potest esse in dominio, nam usucapio est adjectio dominii, *l.* 3. *de usucap.* nec ullus est titulus vel causa dominii, quin etiam sit causa usucapionis et vice versa. Ergo haec duo inter se convertuntur. Incorporalia autem non recipiunt usucapionem, *d. l.* 43. §. 1. igitur nec dominium. 5. In titulo *de adquirendo Rerum dominio* tam Institutionum, quam Pandectarum, nulla incorporalium mentio occurrit; unde *si* alibi secus occurrat, *id* improprium sit oportet.

S c h o l i u m.

Imo, quia hic significatus in Arte non est infrequens, pro aeque proprio erit habendus, uti significatio mortis et adoptionis. Aliud quippe est significatio lata, aliud propria.

R e s p o n s i o.

In usu terminorum Artis sine dubio spectandum est, quid Artis auctores in iis locis, ubi de quaque materia ex professo tractentur, observent. Latam et strictam adoptionis et mortis significationem diserte in iis titulis, ubi de illis rebus agunt, ipsi conditores Juris tradunt et inculcant. Idem si de dominio fecerint, haberemus quod sequamur. At si in iis locis, ubi de dominio pleno et unice agunt, nullam nisi de corporalibus mentionem faciant, ut fit, non est seduli Interpretis fortuitis vocabuli extensionibus aliundo conquisitis abuti ad confusionem terminorum. Si testator in ultima voluntate sua heredem instituat dominum, ut facit in dd. ll. 48. *et* 70. *quia non potest aliud, quam universum patrimonium intelligere, juris consultos potius mentem ejus, quam vocabuli proprietatem interpretari manifestum est. Nos plena manu probatum dedimus, non posse ex usu Juris recte hereditatem, servitutem et obligationem, cum dominio confundi*, lib. 4. Digress. c. 6. et seqq.

N. A d d i t.

Hic initio repetendum, quod Autor ipso modo §. 11. in respons. *fassus erat, se ideo Justiniani tractatum de Rebus partitum esse in duo summa capita, nimirum de Dominio et Obligatione, quia videlicet Juris in re terminus autoribus artis fuerit incognitus. Haec vero ratio si valere debet, exinde colligendum est,* (1) *Dominium quatenus obligationi opponitur, aequipollere termino juris in Re,* (2) *et adeo Dominium hoc denotare in genere Jus actionem realem producens.* (3) *Hanc acceptionem Dominii autoribus artis non fuisse incognitam, alias enim ratio Autoris nihil inferret.* (4) *Hanc exceptionem Dominii, etsi latiorem altera, qua Dominium denotat certam Juris in re speciem, aeque tamen esse propriam. Nam absurdum foret, si quis in recensendis duobus summis capitibus juris rerum, et quid m secundum terminos autoribus artis cognitos, terminis vellet uti significationem impropriam habentibus. Deinde ostendendum est, qua occasione Autor deceptus fuerit post alios, ut putaret, Dominii illam acceptionem latiorem esse impropriam. Eam vero indicant ejus verba paulo ante prolata*: Quia, *inquit*, rerum duntaxat corporalium dicimur habere dominium, *l.* 4. *pr. Com. divid. Age videamus, an hoc verum sit.* Per hoc Judicium, *ait Ulpianus*, corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus: non etiam hereditatis. *Hic, si maximo Ulpianus diceret, hereditatis non esse dominium, sed rerum duntaxat corporalium, ut Autor eum explicat, non tamen video, cur ejus autoritas praevalere debent textibus Marciani et Pauli* in d. l. 48. et d. l. 70. §. 1. *aut cur ad eos conciliandos non deberet magis apta esse distinctio inter dominium late et stricte dictum, quam inter significatum dominii proprium et improprium. Sed Ulpianus id nequnquam dicit, quod sensit is, qui in additis ad Pandectas distinctionum signis, inter verbum* habemus *et* non *colon posuit, non comma. Nempe sensus est*: Per hoc Judicium fit divisio non hereditatis, sed rerum corporalium, nec harum tamen omnium, sed earum, quarum dominium habemus, non ad quas habemus actiones in personam. *His suppositis, ad responsionem Autoris praecedentem facile excipi potest.* 1. *Uti de morte non succurrit titulus in jure, ita nec succurrit, quod ubi v. g. de morte civili in jure agitur, JCti Romani latam et strictam mortis significationem diserte inculcent.* 2. *De dominio nusquam plene agunt Autores artis, id est eo modo, ut tradant dominii definitionem, tantum abest, ut tradant varios significatus dominii. Ubi vero de acquirendo rerum dominio agunt, non possunt non agere de dominio rerum corporalium, quia de dominio stricto dicto, et de dominii late dicti nobilissima specie ibi agunt.* 3. *Dicere, quod lata dominii acceptio sit fortuita extensio vocis, repugnat Autori ipsi, qui peccasset, si fortuita extensione vocis usus fuisset in assignando primario juris rerum capite.* 4. *Non bene dicitur, significationes dominii late accepti esse ex alienis titulis aliunde quaesitas, videlicet ex titulis* de heredibus instituendis *et de* V. S. *Nam dum Autor significatum suum proprium deducit ex titulo de* Comm. divid. (*quamvis erroneo, ut modo ostensum,*) *non poterit hanc objectionem adversus nos urgere. Nam de dominio in tit.* de communi dividundo *adhuc minus agi debet, quam in titulo* de V. S. 5. *Exceptio, quod* in dd. ll. 48. et 70. *JCti potius mentem testatoris, quam vocis proprietatem interpretentur, faceret forte aliquid, si sola* l. 48. *uteremur, ad dictam vero* legem 70. *non quadrat. ubi plane nihil de herede ut dominio instituto.* 6. *Hereditatem, servitutem,*

obligationem, non posse ex usu juris recto cum dominio confundi, et nos urgemus, exinde tamen non magis sequitur, servitutem e hereditatem non esse speciem dominii latius dicti, quam si quis exinde, quod obligatio ex contractu non debeat confundi cum obligationibus ex delicto, velit inferre, quod harum olterutra non sit species obligationis generice acceptae.

S c h o l i u m.

Sed de obligatione jam aliunde constat; eam ad dominium non spectare.

R e s p o n s i o.

Unde magis, quam de servitute et possessione, mihi non constat. Nec enim magis separatur titulis, aut opponitur terminis; et textus generales, qui dominium heredis omne jus defuncti continere dicunt, ut d. l. 48. et l. 70. *non minus, imo magis obligationes, quam servitutes et possessionem comprehendunt. Quare si obligationis constat non esse dominium, ut Scholiastes ait, aeque facile neque de servitute, vel possessione dominium praedicari posse, colligere licet.*

N. A d d i t.

Initio Scholium non refertur, uti posueram: dixerat Autor, et possessionem et obligationem opponi dominio. Regesseram, de his jam aliunde constare, quod ad dominium non spectent, (nimirum ad dominium, quod unum ex duobus summis capitibus juris rerum est, aequipollens juri in re, actiones reales producenti.) Atqui harum assertionum utramque jam breviter probo. Possessio facti est, dominium juris nomen: Dominium a possessione incipit. Possessio non producit actiones in rem, sed occasione possessionis dantur interdicta. Obligatio tanquam alterum ex istis duobus summis capitibus juris rerum, ipso Autore sic loquente, dominio opponitur, et actionem in rem non producit, quomodo ergo posset ad istud dominium, quod unum ex summis capitibus juris rerum est, referri? Haec igitur cum ita se habeant, non debebat Autor in scholii mei relatione possessionis mentionem omittere et in responsione eam iterum immiscere ac servituti jungere, quasi possessionem aeque ac servitutem habeam pro specie dominii. Deinde ex dictis constat, cur non valeat argumentatio ab obligatione ad servitutem et hereditatem, cum disparitas, sc. productio actionis in personam et in rem, sit satis palpabilis.

Sed optima ratio est, quae a remotione specierum incorporalium, in quibus alii Dominium statuunt, desumitur, ut est servitus atque possessio. Nam servitus etiam dominio opponitur. *l. un.* §. 3. *de remiss.* Fructuarius dominus non est. *l.* 43. *in. f. de furt.* Ergo species dominii servitus esse nequit. Exceptio Bachovii, Proprietarium esse dominium rei, fructuarium juris, est commentitia, et petit principium. Mera confusio est haec terminorum detorsio, praesertim, cum et *possessio* inter species dominii refertur, quae sunt duae res separatissimae, ut vel ex rubricis *de adquir. dom. et adquir. possess.* differentia inter judicia petitoria et possessoria, definitione usucapionis aliisque innumeris rebus patet, minimeque probat contrarium *l.* 2. *C. ubi in rem actio.* neque *l.* 11. *C. de omni agro des.* ubi *proprietas possessionis*, quo argumento suos ipsi terminos pervertunt: Nam si tres sunt dominii species, Proprietas, Servitus, Possessio, ut ponunt, qui potest dari proprietas Possessionis? An species de specie opposita praedicatur? Sed tu intellige, *proprietas fundi in d. l.* 11. ut in *l.* 38. *de minor.* vid. Brisson. *de V. S.* verb. *possessio;* imo dominium et proprietas sunt unum idemque, *l.* 12. *ad leg. Aquil. l.* 4. *pr. de alim. vel. cib. leg. l.* 2. *pr. quib. mod. ususfr. amitt.* Nihilo magis obstat. *l.* 4. *si ususfr. pet. l.* 15. §. 8. *Quod vi aut clam. l.* 70. §. *ult. de V. S. l.* 118. *in f. pr. de V. O. l.* 4. *de ususfr. l.* 70. §. 2. *de fidejuss. l.* 17. *Quib. mod. ususfr. amitt. l.* 4. *C. de Probat. l.* 138. *de V. S. l.* 3. *pr. et l.* 1. §. *ult. de S. P. R. Rubr. D. si servit. vind.* de quibus ad *ff. h. t. vel in Digression. l.* 6. Saepe hoc tenendum, abusive aliquando dominium de omni patrimonio usurpari.

13. (n) Divisio dominii, quae prima traditur in *Civile et Praetorium*, exigui vel nullius est usus. Quamvis enim Praetor heredem subtiliter loquendo non faciat, *pr. I. de bon. poss.* tamen bonorum possessio, quae ex Edicto praetoris datur, idem jus, quod hereditas, tribuit. *l.* 1. *et seqq. de bon. poss.* Sed olim Dominium erat *Bonitarium*, vel *Quiritarium*, sive ut Theoph. *ad tit. de Libertin.* Ἔννομος καὶ φυσικὴ δεσποτεία, *legale aut naturale dominium.* Et hoc quidem, quo res in bonis est ac utilitatem praestat. Civile seu Quiritarium, quod solemni modo ex Jure XII. Tab. est adquisitum; quod fiebat tribus modis, *Mancipatione*, *Cessione* in jure *et Usucapione.* Mancipatio erat alienatio certarum rerum; quae *mancipi* dicebantur, conceptis verbis, libripende et quinque testibus adhibitis facta, Ulp.

(n) *Poss.* 33.

tit. 19. §. 3. qui ritus aliter *Nexus* dicebatur. Res mancipi erant, praedia Italica, servi, pecudes mansuetae; caetera nec mancipi dicebantur. Cessio in jure, fuit alienatio rerum tam mancipi, quam nec mancipi facta cessione domini, vindicatione accipientis, addictione Praetoris, Ulpian. *d. tit.* 19. §. 9. De usucapione suo loco. Cives Rom. aliique horum modorum nacti dominium, habebant Quiritarium *plenum*, quod et totum in alium civem transferebant; sed si rem in provincialem alienarent, is dominii Quiritarii incapax bonitarium duntaxat adquirebat, et Quiritarium *nudum* manebat penes cedentem. Verum haec distinctio sublata est per *l. un. C. de nud. jure Quirit. toll.* (6). Est tamen hodieque dominii differentia, quod sit plenum, vel nudum. Plenum, cum ususfructus et emolumentum adest. Nudum, a quo separatus est ususfructus, *l.* 2. *Quib. mod. ususfr. am. et l.* 4. *de alim. vel cib. leg.* ubi, *ut pleno dominio haec habeant, et non solum usumfructum.*

A Doctoribus recepta Dominii divisio in *directum et utile*. Quorum exempla sunt in emphyteusi, superficie et feudo. Nam vasallis, superficiariis et emphyteutis utile, dominis vero directum adscribunt dominium. Sed hos terminos contra ingenium juris et sermonis Latini compositos esse, non potest negare, qui cogitet directum et utile usurpari de actionibus, minime vero de causis actionum, ut sunt contractus et dominia; Hinc liquet, etsi Utilis in rem actio detur emphyteutis etc. *l.* 1. §. 1. *si ag. vectig. l.* 16. §. *ult. de pign. act. l.* 1. §. 3. *de superfic.* minime inde sequi, quod dominium quoque sit utile, nisi contractus etiam utiles statuere velis, quia et actiones in personam utiles multae reperiuntur. Hoc saltem verum est, quemadmodum actiones dicuntur utiles, cum species extant affines iis, de quibus actio proprie datur: ita utilem in rem actionem, arguere jus aliquod affine dominio et proximum, quod sane *quasi dominium* appelletur; neque enim id pugnat cum usu juris civilis, ut appellatio *utilis*; veluti quasi contractus, actio quasi Serviana et similia. Proximum autem jus dominio convenire emphyteutis vasallisque, certum est: neque tamen nugae sunt, cum de re conveniat, vituperare verba. AEquum est, aliquod discrimen inter scholas nostri temporis et barbari saeculi servare. At jura negant emphyteutis dominium expresse in *d. l.* §. 1. dicunt eum alium habere Dominium, §. 3. *Inst. de loc. et cond. d. l.* 1. §. 1. Opponuntur *emphyteuticarius et rei Dominus*, *l.* 1. 2. 3. *C. de jur. emphyt*, Quanquam Graecos Impp. suos patrimoniales emphyteutas dominii nomine dignari videmus in *l.* 2. *l.* 4. *et l.* 12. *in fin. l. ult. C. de fund. patrim.* Nimirum Caesares magis Principes, quam fundorum domini esse gaudent, ideo facilius suis emphyteutis eum titulum tribuunt, quibus etiam plus juris dedisse videntur, ita ut *commissum non metuant*, *d. l.* 4. (secus ac in privatis, *l.* 2. *et* 3. *C. de jur. emphyt.*) sed fundos *perpetuo et inconcusso jure possideant*, *l.* 5. *eod.* quo sensu non tam commodare Caesares, quam *jure dominii tradere* se fundos profitentur, *d. l.* 4. abusive dominii voce pro perpetua et inconcussa possessione sumpta, quales analogicae Improprietates in aliis rebus passim occurrunt. Vasallis in doctrina feudali forte etiam speciosius dominii appellatio, quam emphyteutis communicetur; sed earum in jure civili, ubi sunt incogniti, ratio haberi nequit. At vero quidquid de dominio Emphyteutae sit, omnino tamen Dominii *utilis* terminus nusquam reperitur, et sine dubio soloecus est. Quanquam in foro soloecismos tales anxie fugiendos esse, nemo prudens dixerit.

Atque hoc est primum jus in Re, Dominium; caetera non sunt hujus loci. Priusquam tamen pergamus, monitum velim, merito sub Dominio Jus dotis comprehendi, quod aliqui distinctum jus in Re nuncupant, sed ex hypothesi, quam falsam esse non dubitamus; scil. quod maritus, cum habeat actionem in rem ad vindicandas res in dotem datas, *l.* 9. *C. de R. V.* tamen non sit earum Dominus; quod alibi refellimus. *lib.* 4. *Digress. c.* 9. Speciosius diceretur, Jus dotis esse universale, etiam talia complectens, quorum non potest esse dominium, ut jura et obligationes, atque ita instar hereditatis constituere jus distinctum. Neque non verum id esset, si actio in rem daretur universalis, qua res in dotem datae a quovis possessore peterentur. Sed maritus adversus eum, qui dotem promisit, personaliter agit, contra tertium nullam praeter rei vindicationem habet, quae singularis est. Heres, particularium quoque rerum possessorem universali actione compellit, *l.* 1. §. 1. *si pars. hered.* de marito ratione dotis id nusquam auditum. Quare nihil profertur, cur Dos ut est universum quid, Jus in Re dicatur, vel ut respectu corporalium rerum a Dominio distinguatur. De possessione, an jus in re sit, alibi diximus, et dicemus.

(6) *De rebus mancipi et mancipatione vide Schulting. jurisprud. vet. ante-justinian. ad Ulp.* tit. 19. §. 1. et seqq. et *ad Caji instit.* lib. 1. tit. 6. §. 3. *Item elegans opusculum Viri Clariss. Corn. Van Bynkershoek de rebus mancipi et nec mancipi.*

14. (o) Ubi, quid et quotuplex sit dominium vidimus: ad modos, quibus adquiritur transeundum, qui vel sunt *juris naturalis*, *quod appellatur jus Gentium*, ait Imp. in §. 11. *h. t.* vel juris civilis, de quibus *infra*. Jus naturale dupliciter usurpat, vel pro eo, quod homini est commune cum brutis, ut in *tit. de jure Nat.* vel quod cum recta ratione conjunctum est ac humanae naturae proprium, idque hoc loco intelligitur, et vocatur *jus Gentium*, ad distinctionem juris naturae prima significatione, de qua diximus in loco. A *Modis* adquirendi Dominii distinguuntur *Causae*, vix alio sensu, quam ut causae rerum proximae a remotioribus. Nam proximae, id est, quibus dominium immediate adquiritur, dicuntur *Modi*: Remotiora principia, *Causae*, quales praecipue sunt tituli obligationum, in quibus de dominio transferendo agitur, ut venditio, donatio, stipulatiu etc. *l.* 11. §. 4. *de except. rei jud.* Ipsos tamen modos etiam causas dici, nihil, inquam, vetat, nec aliter JCtus, cum in *l.* 3. §. 4. *de Adquir. vel amitt. poss.* dominium ex pluribus causis contingere posse negat; nam remotiores simul esse possunt, ut pro suo, aut pro herede, *d.* §. 4. Discrimen hoc causarum et modorum in plerisque Juris Gentium adquisitionibus est obscurius, sed in traditione imprimis perspicuum. Venditio enim stipulatiu similesque tituli causam Dominii continent, sed Dominos non faciunt, verum traditio, quae sequitur, dominium praestat. §. 40. et 4.. *h. t.* Sic et Perceptio est modus adquirendi fructus, causa vero Cura et cultura. §. 45. *h. t.* Occupatio modus adquirendi res nullius, Causa jus homini a Deo in res cunctas datum. Causae, quae respondent modis jure Gentium adquirendi, fere omnes ex jure Gentium descendunt, nam pleroque contractus saltem origine hujus juris esse alibi dictum, et dicendum est. Sed et modi adquisitionis, qui juri Civili tribuuntur, plerique tamen causas e jure Gentium repetunt. Nam adquisitio hereditatis, legati, fideicommissi, donationis mortis causa, quod ad momentum adquirendi dominii, sunt juris mere civilis; sed ipsae successiones, legata, donationes, quae causam dominii praestant, aperte ex jure Gentium oriuntur; ne quis putet, cum modus juris civilis audit, sermonem esse de rebus jure Gentium ignotis. Porro Modi jure Gentium adquirendi Dominii, plures hoc capite recensentur. Praecipui sex esse videntur, *Occupatio*, *Accessio*, *Specificatio*, *Commixtio*, *Fructuum perceptio et traditio*. Alii sex etiam numerant, sed confusionem addunt et fructuum perceptionem omittunt; verum quae ratio nobis constet, quo minus hanc omittamus, illam sub commixtione intelligamus, *infra* explicabimus. Placet autem simplex harum specierum enumeratio potius, quam subdivisiones aliorum. Nam qui modorum quosdam ex facto nostro, alios vi et potestate rei nostrae tribuere dominium ajunt, ut *D. Vinnius*, ad primam speciem quinque modos, ad secundam duntaxat unam referunt, scil. Accessionem, quod non est operae pretium. Grotii distinctio *l.* 2. *c.* 3. *pr.* in modos adquirendi *originarios et derivativos*, praeclara pro ipsius instituto, nobis minus expedit, quia primo ad adquisitiones tam civiles, quam juris Gentium pertinet; deinde ita comparata est, ut singulos modos divellere possit. Nam occupatio licet praecipue originaria, tamen a nostris etiam ut derivativa consideratur, quatenus res hostiles occupantium fiunt, §. 17. *h. t.* Accessio autem sine dubio, vel originaria est, ut alluvio, Insula in flumine nata, foetura; vel derivativa, ut aedificatio, intextura, plantatio, scriptura, de quibus *infra* latius. Videamus igitur sex illos modos ordine Imperatorio. Primus et praecipuus est Occupatio, per quam dominium adquiritur *Rerum communium*, quae aliter *Res nullius* dicuntur; ut dictum *supra ad* §. 5. Hoc loco de origine dominii et communione primaeva agendum erat, qua de re late diximus *in lib.* 4. *Digress. c.* 10. *et seqq.* quibus repetendis heic locus non est.

OCCUPATIO.

15. (p) Pergamus ad modos ipsos dominii adquirendi, quorum primus est *Occupatio*, quae nihil est aliud, quam *corporalis rei apprehensio cum animo sibi habendi.* Unde sequitur, quae res corporaliter apprehendi, et *custodia*, ut in §. 12. *h. t.* habetur, *coërceri* nequeunt, has per occupationem in jus privatum nunquam redigi. Videtur omnino res talis esse Mare, quod occupari non posse, nisi quatenus *custodia coërcetur*, hoc est, quatenus terris, quae certorum hominum sint, comprehenditur, ex natura et occupationis et ipsius maris, quod immensum, liquet. Cui accedit, quod rationes, quae aliarum rerum dominia distingui coëgerunt, in mari cessent. Reliquas enim res a singulis teneri oportuit, quod omnes pariter ad usum sui non admitterent, et quod labor cuique suus prodesse deberet. Sed mare commodissime toti humano generi promiscue sufficit, nec capit opera permanentis industriae, quae Auctores vindicare debeant. Ideoque divisionem maris nullam a primis mortalibus factam oportuit, quibus insuper Oceanus erat incognitus et imperitia rei nauticae inaccessus; divisio

(o) *Pos.* 35. *et* 36. (p) *Pos.* 59.

rem quoque terminatam et occupationis capacem requirit, qualem mare non esse, modo diximus, et res loquitur; plura Grotius *tract. de mari libero*, *et de J. B. et P. l.* 2. *c.* 2. §. 3. *et cap. seqq.* Dominium igitur maris totius, aut praecipuarum partium, eum hoc effectu, ut jus sit principi, vel populo alios prohibere piscari in eo, navigare, aquam haurire, conchas et naufragiorum reliquias colligere, nec est, nec fuit, neque esse potest. At hoc ipsum Jus Romanum docet, quo mare inter ea refertur, quae *communia sunt omnium*, et quidem *naturali jure*, ne communia civium Romanorum intelligas, quae, ut *supra* vidimus, publica dicuntur. . 1. *h. t. et l.* 2. *de D. R.* Publica in patrimonio sunt populi Rom. *Communia ita se habent, ut primum a natura prodita sunt, et in nullius adhuc dominium pervenerunt*, *l.* 14. *de A. R. D.* ubi cum ferae, tum litora ejus conditionis dicuntur; ac proin mare multo magis, quia litora per et propter mare sunt communia, §. 4 *h. t. et d. l.* 2. Mare igitur et aer non sunt inter ea, quae in universum occupari possunt.

S c h o l i u m.

Imo sunt, ut latius probarunt Seldenus et Strauchius, contra quos magis ex amore erga Patriam, quam ex vero, disputatur in Digression. lib. 4. c. 14. et 15. *confer, quoad aërem, notas ad Strauch.* VI. 2. p. 56. *Quod vero refugium in custodia hic quaerit Auctor, ad id facilis est responsio. Vel enim dicemus, eam ad res mobiles, de quibus loquitur* d. §. 1., *esse restringendam, vel etiam mare custodia nostra coërceri, per leges maritimas et jurisdictionis in eo exercitium.*

R e s p o n s i o.

De Seldeni et Strauchii argumentis nihil est quod addam iis, quae in Digressionibus plena manu dedimus; quae an ex amore Patriae potius quam judicio defaecato profecta sint, aequus lector judicet. Idem Grotio imputatum est, etiam cum in Patria male habitus, aliis, quorum ambitio dein ad maris Baltici dominium adspiravit, inserviret. Argumentum a custodia, desumptum est e jure Gentium, quod dominia primum a possessione custodiaque stabilivit, l. 1. §. 1. de Adqoir. vel amitt. poss. *quae ratio non minus rebus soli, quam mobilibus convenit. Responsio de occupatione per leges, non decet Juris Consultum, qui scit, occupationem fieri per apprehensionem corporalem et jurisdictionem legesque ferendi jus consequi, non praecedere dominium, vel potius Imperium.*

N. A d d i t.

Diu est, quod sententiam in Scholio positam (quae etiam in loco illo supra ex notis ad Strauchium descripto, qui de rebus communibus agit, reperitur,) mutaverim et opinioni Autoris accesserim, vastum scilicet Oceanum non esse dominii capacem; non solum quod custodiae humanae non subjacent, sed et quod usum praebent toti humano generi sufficientem, nec culturam et curam desiderantem. vide Instit. Jurispr. div. lib. 2. c. 10. n. 123. usque ad n. 135. *Igitur transire poterat haec responsio Autoris sine noviore nota, nisi gravior illa nota, qua Autor Scholium meum censet, (in verbis:* Responsio de occupatione per leges, non decet JCtum,) *saltem leviorem aliquam notam loco exceptionis postulasset Scilicet non me ferit ista observatio, qui nunquam dixeram, occupationem fieri per leges, sed custodiam. At differt custodia ab occupatione. Illa hanc praesupponit et multa occupantur, quae nec custodiuntur, nec custodiri absque incommodo possunt. De occupatione plane nihil in Scholio, leges autem custodire res occupatas quis negaret?*

Recipit tamen haec sententia aliquas cautiones; *primo*, quod divisio maris institui possit, non ad possessionem stabiliendam, sed ad curam piratas coërcendi securitatemque praestandam, ut Grotius notat *l.* 2. *Jurispr. Holl. c.* 1. *Secundo*, Imperium in aliquam partem maris posse occupari, ut idem tradit 2. *de J. B. et P. pr. c.* 3. §. 13. quod primo posse fieri docet ri classium; verum tale imperium, si alia non praecedat causa, vix diutius durare videtur, quam terror classis, quo cessante, mare ad suae naturam redire videtur, quemadmodum fera capta diutius non manet nostra, quam custodia coërcetur. *Iterum*, ratione territorii, quatenus ex terra cogi possunt, qui in proxima maris parte versantur, quod sane imperium exiguae latitudinis est. *Tertia* cautio, conventione populorum fieri posse, ut quidam jure et usu certi maris cedant, aliique imperium quod ad se, permittant; exempla sunt in §. 15. *d. cap.* 3. Postremo accedit Limitatio, quae et antea insinuata est; posse dominium quoque in parte maris fundari ab eo, qui terras ad utrumque latus possidet, dummodo tam modica pars maris sit, ut quasi portio et accessio terrarum haberi queat, §. 8. *d. c.* Nam ut privatus particulam maris fundo suo immittens dominium ejus consequitur, uti fecit Lucullus Neapoli, sic nihil est causae, cur non rex aut populus sinum maris occupare queat terris ejus

undique comprehensum; quo jure foederati Belgae, Sinum Frisicum, cui mari Australi nomen, ambiunt, ejus domini censentur; Romani equidem in mediterraneum mare rectius hanc ob causam dominium vindicare potuissent; sed dominium noluerunt, ut dictum, Imperio contenti fuerunt. Quae prolixe opponuntur, ea succincte refutavimus *lib.* 4. *Digress. c.* 13. *et seqq.*

16. (q) Quaecumque igitur res in communione primaeva manserunt, occupatione, quatenus eam recipere possunt, omni die in privatorum dominia rediguntur, qualia imprimis, ferae bestiae, volucres, pisces et omnia animalia, quae mari, caelo, et terra nascuntur, ut loquitur Imp. *in* §. 12. *h. t.* Occupatio autem facta censetur, cum res apprehensae in potestate nostra sunt, aut vivariis, piscinisque continentur; sed pisces in lacubus et stagnis etiamsi privatis, feras in sylvis circumseptis vagantes, non possideri, scripsit Paulus ex Nerva filio, in *l.* 3. §. 14. *de adquir. poss.* ideoque cum occupatio dominium per possessionem tribuat, consequens est, nec in dominio esse tales feras ac pisces, quod displicet Grotio *l.* 2. *cap.* 8. §. 2. nostroque saeculo rectius contrarium invaluisse, tradit. dix. *l.* 4. *Digress. c.* 17.

(r) Causa dominii per occupationem quaesiti est Jus Communionis, quod manet, quamdiu res a nemine capta et apprehensa est. Idcirco etsi fera in meo sit fundo, vel tuo, ideo nos nihilo plus juris in eam, quam alius quilibet habemus, sed cuivis capienti cedit, *d.* §. 12. quod etiam de piscibus in majoribus aquis jure civili statuendum, colligitur ex *d. l.* 3. §. 14. Quia tamen Domini aliis prohibere possunt, ne ad suos fundos, vel lacus, venandi piscandive causa accedant, et ipsi melius praesentes capiendis feris invigilare queunt, hinc venatio et piscatio in fructu esse traduntur *l.* 9. §. 5. *de usufr. et l.* 26. *de usur.* Ferae etiam captae fructuario cedunt, *l.* 62. *pr. de usufr.* non quod hoc ipsius sit praecipuum, sed opposite, putem, ad eas quae vivariis sunt clausae, quorum numerum finito usufructu restituere tenetur. *d. l.* 62. §. 1. (7) Illud tamen non impedit, quo minus alii fundum ingressi feram occupent suamque faciant, etsi a Domino ingressu prohibiti; quod locum habet etiam in praediis, quorum nulla nisi ex venatione utilitas, etsi aliter D. Voetius ad *hunc* §. qui in talibus solum dominum venari posse tradit. Comparata quidem est domino spretae prohibitionis actio injuriarum, *l.* 13. *in fin. de injur.* qua ratione dicitur, illicitum venari in alieno, ἐν ἀλλοτρίοις ἰξεύειν, *l.* 16. *de S. P. R.* at interim adquisitio ferae procedit, quoniam haec a libertate naturali ferarum pendet, quam talis prohibitio minime tollit. *d.* §. 12. *h. t.* Factum, quo jus domini violatur ejusque poena, separatur a modo adquirendi rem, quae nullius est, quemadmodum et alias fit; ut factum certo respectu illicitum, alia ratione juris effectum producat, ut in §. 26. *h. t. l.* 7. §. 1. cum *l.* 8. ff. *Quod met. c. etc.* Occupatio autem illa non tantum fit manibus, sed instrumentis quoque, ut retibus et laqueis, dum duo adsint requisita; primum, ut instrumenta sint in nostra potestate, deinde fera ita inclusa sit, ut inde exire nequeat, docente Grotio *l.* 2. *c.* 8. §. 4. Quare qui aprum laqueo per alium posito haerentem abstulit, eum non facit suum, sed si aper ita irretitus fuerit, ut expedire se nequivisset, tum qui laqueum posuit, pro domino habetur et in id quod interest adversus eum qui feram dimisit agere potest, *l.* 55. *de A. R. D.* ubi JCtus plures praemiserat distinctiones, quas inter et haec; utrum laqueus in alieno fundo permissu domini positus esset, vel non; magis, ut videtur, ad discrimen actionis quae competeret, quam dominii ipsius ferae adquirendi: (8) Sane, quod Cujacius 4. *observ. in fin.* hinc colligit, venantem in alieno sine permissu domini, nihil suum facere, neque in isto loco habetur, nec Juris rationi convenit: ut nec Balduinus ad hunc §. 12. feras ita captas pertinere ad fiscum notat; ratio quidem non est iniqua confiscandi, sed jure ita cautum esse, non liquet.

(s) Speciale autem est in feris, quod, ubi effugerint e potestate nostra, desinant esse in dominio, et fiant iterum capientis, *d.* §. 12. cum aliae res amissae, licet possessio pereat, *l.* 3. §. 13. *de adqu. poss*, in dominio nostro maneant et a quovis possessore vindicari soleant. Grotius *d. cap.* 8. §. 3. diversitatem hanc non probat; nec magis feram, quae aufugit nostram esse desinere censet, quam servum fugitivum, qui ubicumque sit, a domino repetitur, *tit. ff. et C. de Fugitivis*: ideoque non tam renovationem libertatis naturalis, quam difficultatem recuperandae dignoscendaeque ferae pro causa habet, cur possessione ejus amissa, dominium extinguatur, praesumpta scilicet derelictione Domini. At JCti pro discrimine inter caetera

(q) *Pos.* 41. (r) *Pos.* 42. *et seqq.* (s) *Pos.* 47.

(7) *Vide pro explicatione* l. 62. *de usufr. Noodt observ.* lib. 1. cap. 10,
(8) *De sensu* l. 55. *de* A. R. D. *vide Noodt probab.* lib. 2. cap. 6. *Reinoldi orationem de leg. inscript.* §. 4. *et ad eam praetermissa Abrah. Wieling.*

mobilia et feras id habere videntur, quod, ut in brutis analogum quid ratioois agnoseant, *pr. I. de jur. nat. l.* 1. §. 11. *π. Si quadr. paup.* sic otiam eorum animo in recuperanda libertate naturae non parum tribnant, *arg.* §. 15. *h. t.* io verb. *donec animum etc.* Hominum autem alia est ratio: nam qui liberi sunt, aliorum fieri nequeunt et servi non vagantur por sylvas et agros, nec eorum ulla venatio ost, ut extra bellum occupatione adquiri possint: Grotii tamen sententiam juvaot verba finalia *d.* §. 12. Fera *naturalem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effug rit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio.* Quid autem, si mansuetum animal a lupo aliave fera abreptum ab aliquo occupetur, nunquid hoc capientis? Ulpianus ex Pomponio scribit; *non desinere nostrum esse, quod a lupo eripitur, vel alia bestia, tam diu, quamdiu ab ea fuerit consumptum, l.* 8. §. *ult. Fam. ercisc.* quem locum fusius et elegantissime tractat in *l.* 44. *de A. R. D.* cujus tamen conclusio *ex d. l.* 8. §. *ult.* clarior fieri videtur. (t) Porro, quia occupatio non nisi apprehensione perficitur; consentaneum est, feram non esse ejus, qui persecutus eam vulneraverit et spem capiendi proximam habebat, * sed qui cepit et apprehendit, ut contra Trebatium decidit Justinianus *in* §. 13. Improbum tamen esse, qui feram ab alio pene captam intercipit, non est diffitendum, et judicis erit providere, ne malitiae indulgeatur; quin nostro saeculo Trebatii sententiam magis obtinere scribit Balduinus ad *d.* §. 13. Grotius *l.* 2. *cap.* 4. *Jur. Holl.* versio. *yemant. een. wilt.* tradit, dominum quidem fieri capientem, sed eumdem multari posse, ut venatorem importunum, *als onheuslyck jaegende*, ut ita ratio delicti eo poena rursus ab adquisitione dominii distinguantur. In apibus ** eamdem esse rationem, quae est in feris animalibus et quam exposuimus, docet Imperator *in* §. *Apium quoque.* 14. *h. t.*

17. Caeterum moribus hodiernis, jus venandi feras Principibus fere, aut aliis proceribus concessum videmus, quamquam de Hispania scribit Hubertus Leodius *in vita Friderici Palatini l.* 6. venationem magis ibi promiscui juris esse; et *lib.* 10. refert, Carolum V. noluisse affirmantibus credere, in Germania prohiberi aucupia, deque ea responsionem fecisse, atque se rogatum, testatur Hubertus, eum legationem obiret, an res ita se haberet? Quod mirum, ignorasse Carolum Caesarem vulgatissimum Patriae institutum: nisi Belgae Belgii mores melius constiterint, quibus tam stricta venationum prohibitio in usu non est. Brabantis certe juxta laetum introitum ipsius Caroli V. et ejus filii, libera venatio permissa legitur, *art.* 33. et 34. Porro nititur ille mos restrictae venationis, jure quod habent populi a Deo in cunctas res non occupatas, per quod licet ipsis ordinariam methodum, qua res tales singulorum capientium fiunt, invertere ac praevenire easque res addicere iis, quibus videtur, adeo ut Principes vi hujus cessionis a populo factae, dominium ferarum adquirere citra et ante occupationem, scribat Grotius *lib.* 2. *de J. B. et P. cap.* 8. §. 5. Qua ratione Constitutio Caroli V. 169 ut fures *** puniri jubet eos, qui feras et pisces, etiamsi ab aliis non inclusos, capere sint ausi. Contra D. Vinnius ad *d.* §. 12. jus tantum venandi vulgo interdictum tradit, extra quam ferae per se adhuc sint communes, ut olim Gudelinus etiam *lib.* 2. *de jure noviss. c.* 2. et Zypaeus *notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* negaut furtum committi, aut in conscientiam peccari ab eo, qui privatus leporem capit,

(t) *Pos.* 43.

* Hinc est, quod Jure Saxonico Communi vulneratae ferae modica persecutio permittatur, ea scilicet, quae sine sclopeti explosione, sine incitatione canum, et sine inflatu fit corniculi *a. LR.* l. 2. art. 61. Hopp. *ad* §. 13. *I. h. Us. Hod.* Richt. *Dec.* 16. *n.* 4. *seq.* Jure vero Electorali Saxonico nec ista quidem feram persequendi licentia venatoribus competit, cum Ordin. Provinc. (*Landes Ordnung*) de ano. 1555. tit. *Dass keiner auf. der andern Grund und Boden*. expresse caveat, *Dass keiner mit Jagen und Hetzen eines andern Guther nicht beruhren soll, ohngeachtet einiges einwenden*, idque sub poena 100. florenorum, ib. verb. *alles bey Pon* 100. *Gulden.* vid. *Corp. Jur. Sax. p.* 48. *j.* Carpz. *L.* 1. *Resp.* 44. *n.* 16. *seq.*

** De apibus Jure Saxonico satis liquido constitutum est, simul ac ex custodia nostra dilabantur, et ad vicinum evolent, in nostra non amplius esse dominio. Patet id ex (*WB.* art. 119. col. 120.) §. *fleucht ein Bienen-Schwarm aut eines Mannes Hofferc.* ibid. *Denn die Biene ist ein wilder Wurm.* adeoque priori Domino, ex cujus fundo apes evolarunt statim nullum Jus vindicandi superest, sed vel vicino vel tertio occupanti cedunt, *d. a.* 119. Carpz. *p.* 2. *C.* 36. D. 4. Philip. *Us. Pr. Inst. L.* 2. *Ecl.* 5. licet dissentiat Hopp. *Us. hod. ad* §. 14. *I. de R. D.*

*** De poena eorum, qui feras furantur in Saxonia, videri potest *Const. El. Nov.* 7. quae ostendit, apud nos arbitraria, sed non capitali poena, eos, qui illicite feras occupant, regulariter coerceri. vid. *Appendic. Corp. Jur. Sax. p.* 69. *j. LR. L.* 2. *art.* 61. *Mand. El. d.* 1603. conf. *die Lands Ord.* d. an. 1482. §. 1. *Es soll von niemands Corp. Jur. Sax. p.* 10. *ibid.* Carpz. *Prax. Crim. q.* 4. *n.* 47. *seq.* Unde nonnunquam poena pecuniaria dictatur *auf denen Heg. seulen*, e. g pro lepore 10. thal. pro apro 20. th. pro cervo 30. th. Secus est, cum ferarum occupatio in banno ferino Electoris, *der auf Churst. gehegten und befriedigten Wildbahn* suscipitur, quae in occupante laqueo coercetur. *d. Mand. d.* 1603.

qua de re diximus *l.* 4. *Digress. c.* 19. Frisii nostri hac parte, ut in aliis, minus procul absunt a Jure Romano. Nam Jus piscandi et aucupandi, (exceptis avibus generosis) apud nos commune est; * venatio majorum ferarum patet omnibus, qui fundos possident. Ipsae autem ferae minime its afficiuntur, sed quo minus fortuito esptas retineamus, nihil obstat.

18. (u) Terrestria animalia sunt vel fera vel mansueta. Fera, quae, ut Varro ait, *naturali suo impetu feruntur et ruunt nullo hominum commercio mansuefacta vel imperio domita;* quod tamen in plerisque fieri posse arte et industria, satis constat, etiam *τῶν θηρίων ἀγριωτάτων, quarum maxima est feritas*, ut Plutarchus ait *in lib. περὶ παιδαγωγ.* Sed pisces mansuefieri non videntur, nec de iis discrimen inter feros et cicures usurpatur, *διὰ τὸν τόπον οὐ διὰ τὴν φύσιν*, ait Phaedimus apud Plutarchum. *lib. πότερα τῶν ζώων. Propter locum, non propter naturam.* Porro, quae animantia naturam habent feram, licet arte cicurentur, in se tamen fera dicuntur; etsi consuetudinem quoque eundi redeundique habent, quia haec feritatem naturae non tollit: Verum mansuefactae bestiae domitoribus sunt propriae, et volucres consuetudinem evolandi revolandique habentes, etiamsi ferae adhuc naturae maneant, tamen quamdiu retinent hunc morem in dominio censentur, nec aliter capientium fiunt, quam si, consuetudine aliquamdiu cessante, animum revertendi deposuisse cernantur, ut docet Imp. in §. 15. *h. t.* Mansuetae igitur animantes suos, ut res aliae, dominos habent, quos inter gallinae quoque et anseres, §. 16. *h. t.* idque e contrario colligit Imperator, quia reperiuntur gallinae quoque et anseres ferae naturae. Scil. gallinarum et anserum maxima pars sunt cicures, feri pauciores. Hinc a potiori denominatio: anseres feros omni die habemus, gallinae quae sint ferae: inter nos parum liquido dixerim; nam perdices et quibus aliis rustici id nomen tribuunt, in diversam plane speciem incidunt. Varro tamen 3. *de R. R. c.* 9. et Columella *l.* 8. c. 2. gallinas dividunt in cohortales sive villaticas et Rusticas, quae non ita mansuetae sunt, nec sine cavea continentur, ne nisi ab aucupe deceptae capiuntur. Qui gallinas et anseres lucrandi animo detinet, is furtum committere intelligitur, ait Imp. *d.* §. 16. *in fin* et contra eum, qui columbas nostras apprehendit, *furti competere actionem*, scribit ex Pomponio Ulpianus in *l.* 8. §. 1. *Fam. ercisc.* idemque de pavone Pomp. in *l.* 37. *de furt.* Quae loco argumento sunt etiam de parvis et modicis rebus, contra quam Zasius voluit, 2. *sing. respons.* 26. furti posse agi. Nam et actio de vi bonorum raptorum utilis est, etiamsi quis unam rem licet minimam rapuerit, *princ. Inst. de vi bon. rapt.* sed hujus quaestionis alia dabitur occasio.

19. (w) In §. 17. agitur de his, quae jure belli occupantur. *Ea quae ab hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt*, ait Caesar, et quidem *statim*, ait Imp. Idemque est in *l.* 5. §. *ult. de A. R. D.* nam si occupationis ea vis est, nihil impedit, quo minus capta protinus nostra fiant. *arg. l.* 1. §. 1. *de adquir. poss.* Consummata tamen adquisitio non censetur, nisi cum res ita in potestate est, ut difficulter ab hoste recuperari queat; quod in rebus mobilibus intelligitur, si intra praesidia nostra sint perlatae, *l.* 5. §. 1. *et l.* 19. §. 3. *de capt. et de postl.* In immobilibus, quando munitionibus nostris ita sunt inclusae, ut veteres domini, quod satis est, arceri possint, Grot. *l.* 3. c. 6. §. 3. a quo dissentit P. Cunaeus in *respons. de caus. postlimin.* Porro in adquisitione, quae fit bello idem procul dubio, quod in omni adquisitione requiritur, ut quisque rem suo nomine, non ut minister alterius, apprehendat; nam qui ita, eum nihil sibi; sed totum domino quaerere, tralatitium est. Hinc qui stipendia faciunt, non fiunt domini rerum, quas de hoste capiunt; sed hae publico cedunt cujus nomine bellum geritur, adeo, ut peculatus rei sint, qui praedam surripiunt. *l. pen. de l. jul. pecul.* Hinc Scipio Masinissam alloquens, qui Sophonisbam captivam sibi habere cuperet, apud Liv. *l.* 30. *Syphax*, ait, *populi Rom. auspiciis victus captusque est; itaque ipse, conjux,*

(u) *Pos.* 45. *et* 46. (w) *Pos.* 48. *et* 49.

* Jure Saxon. autem Piscatio a nemine exerceri potest, cui ista licentia non est a Principe permissa. Unde *Const. Elect.* a. pro diversitate casuum, carceris, fustigationis et tratto di corda, poenam in piscatores temerarios statui jubet, de qua ultima poena, quae hodie minus usitata est, Bergeri *Disputat.* conferri potest add. Carpz. *Pr. Crim. qu.* 84. *n.* 85. *seqq.* De aucupio idem sentiendum, quod si illicite quis exerceat, arbitrarie punitur. vid. *P.* 4. *C. El.* 36. ibique Carpz. *def.* a. adde Mand. *El. d. an.* 1626. *von wegen des Vogelfanges. Corp. Jur. Sax. p.* 520. et *Landes Ordn.* de ann. 1555. *tit. von. Vogelfangen* C. S. p. 49. unde constat, ita quoque, qui cum Jure aucupii investiti sunt, non licere a tempore Bacchanalium usque ad diem Bartholomaei suo jure uti, sub poena 100. *Scheffel Haber* et 50. florenorum. *d. M. El. d. A.* 1626. In venatione terrestri tempus legitimum quoque observandum est. Ita apud nos terminus a quo, est Dominica prima aut sexta post Trinitatis, dies Egidii, terminus ad quem, Bacchanaliorum, etc. ita tamen, ut ad ferarum diversitatem quoque respiciatur. *Mand. Reg. et El. A.* 1702. *d.* 20. *Sept.*

regnum, ager, oppida, homines qui incolunt, quicquid denique Syphacis fuit, praeda populi Rom. est. Idque in rebus immobilibus fere semper obtinet *l.* 20. §. 1. *in fin. de captiv. et de postlim.* In mobilibus aliquando milites proprio nomine praedas agunt, si id ipsis ab Imperatore concessum sit, aut in excursionibus extra imperia et signa res obvias capiant, de quibus accipienda *l.* 51. §. 1. *de A. R. D.* si non potius loquitur de rebus hosti non ereptis, sed de hostilibus; quae inter nos, oriente bello, deprehensae sunt.

20. Postremo Imperator eas, quae in litoribus inveniuntur et nullius sunt, jure naturali statim inventoris fieri tradit §. 18 *h. t.* ut sunt praecipue lapilli et gemmae, quas distinguit, ut faciunt JCti in *l.* 25. §. 11. *de aur arg. l.* 3. *de D. R.* reprehendente Valla *lib.* 6. *eleg.* c. 64. qui id quidem evincit, non semper hoc discrimen ab Auctoribus servari; at JCtos tamen usum Linguae suae ignorasse, parum probabile videtur, eoque defendit Alciatus not. *ad Vallam loco cit.* Id monitu supervacuum est, gemmam non esse ejus, qui primus viderit, sed qui primus apprehenderit (neque enim aliud est occupare) quique primus possessionem nactus sit, ait *l.* 1. §. 1. *de adquir. poss.* Etiam hoc ultro constat, Res aliorum deperditas in litore inventas non fieri inventorum, ut *infra* explicabitur.

21. (x) Acquiruntur etiam occupatione res pro derelictis habitae. Pro derelicto habitum dicitur, quod hoc animo abjectum vel desertum a domino est, ut in numero suarum rerum censeri nolit; quo facto finitur et extinguitur dominium. §. 47. *h. t.* Quicunque igitur rem pro derelicta habitam animo sibi habendi apprehendit, dominium ejus adipiscitur, modo relicta sit ab eo, qui jus distincte alienandi habet; quippe non dominus, rem derelinquens, usucapiendi duntaxat conditionem transfert. *tot. tit. D. pro derelicto.* Pro derelicto igitur nihil habitum censetur, nisi ab eo, qui et jus et animum amittendi habet. Ideo certum est, quam quis rem invitus amittit, eam manere in ipsius dominio. Proinde, quod non advertentibus et ignorantibus excidit, minime fit invenientium, sed restitui sub poena furti debet, §. *ult. in fin. h. t.* etiamsi dominus ignoretur. *l.* 43. §. 4. *de furt.* Unde lex apud Platonem *ἃ μὴ κατέθου, μὴ ἀνέλῃ*, *l. XI. de LL. pr. quae non deposuisti, ne tollas.* Grotius etiam *lib.* 2. *de jure B. et P. c.* 4. *n.* 5. docet, *amissum censeri id, cujus recuperandi spes projicitur, ut porcos a lupo raptos, et quae naufragio amittimus nostra esse desinere Ulpianus* ait, *non statim, sed ubi recipi non possunt, id est, ubi nulla talis voluntatis indicia extant.* Sed puto, non difficile probatu esse, quod illa τοῦ πάνυ glossa, a mente Ulpiani *in l.* 44. *de A. D. R.* aliena sit. Neque enim is de spe, vel desperatione recuperandi loquitur, sed docet, res a bestiis raptas, vel in mare jactas tamdiu manere nostras, quamdiu recuperari possunt; adeo ut gemma ab ave transvolante ablata, adhuc nostra maneat, quia potest fieri, ut recipiatur; etiamsi nemo facile hoc animo futurus sit, ut hoc sperare praesumat. idemque de ovibus a lupo raptis adseverate scribit Pomponius in *l.* 8. §. *ult. Fam. ercisc.* a quibus exemplis ad res e nave tempestatis causa projectas JCtus argumentatur in *d. l.* 44.

Dicendum igitur, res naufragii vitandi causa ejectas manere prioris domini, (*vid. l.* 1. *C. de naufrag.*) etsi penitus eas periisse eredat, quamdiu modo animum retinet, ut si contingat eas reperiri, cupiat sibi habere, prout diserte traditur in *l.* 8. *ad L. Rhod.* Pro derelicto haberi, quod contra animi sententiam abjectum est, minime potest; desperatio recuperandi, cum desiderio habendi consistere potest, imo hoc semper ei inesse videtur; quomodo igitur qui rem habere desiderat, eam dereliquisse dicetur? Si quis ob hanc desperationem inquirere in rem cessaverit vel desierit, eaque tamen inventa sit, quid caussae est, cur non eam repetere possit? Nisi dixeris, qui annulum, vel gemmam eam amissam diu quaesiverit et tandem taedio vel desperatione destiterit, nec porro curet aut de ea cogitet, hunc, si inveniatur, repetere gemmam non posse; quod incivile et iniquum foret. Dominium, sine causa, qualis hic nulla est, et sine facto nostro in alium transferri nequit. *l.* 11. *de R. J.* Ulpianus in *d. l.* 44. rem meam lupo, vel avi ereptam ab alio reperti posse tradit, etsi conspectum et persecutionem meam effugerit, consequenter etiamsi omnem recipiendi spem abjecerim. Celebris objectio est ex *l.* 43. §. *pen. de Furt.* ad quam puto eum ratione dici, quod de jactu spontaneo, non propter naufragium loquatur, etsi Bachovius hoc ut ineptum stolidumque rideat: D. Vinnius responsionem confirmat ex fine *d.* §. *pen.* ubi distinguitur, utrum res simpliciter jacta sit vel non. Sed et clarius idem probatur ex §. *praecedente*, in quo expresse de jactu voluntario agitur, idque in §. *seq.* continuatur. Moribus hodiernis, quid circa naufragorum bona juris servetur, vide accurate notantem D. Voetium *ad* §. *ult. Inst. h. t.* ubi aliter *d. l.* 43. Frisiae praxis *vid.* 1. *stat.* 21. *et append pag.* 57.

Juris igitur ratione, si quid inventum fuerit, cujus Dominus ignoratur, id interim ab inventore custodietur, qui si animum sibi habendi

(x) *Pos.* 50. 51. 52.

sumat, furto se adstriogit, *d. l.* 43. §. 4. *de Furt.* nisi postea intelligatur, dominum pro darelicta rem habuisse, tune anim fur non est juridiee; licet ooram Deo perinde sit reus, quam si noleuti ras exeidisset. *ead. l.* 43. §. 5. Coutra si putaverit pro derelieto babitam, etsi erraverit, tamen furti innoxius est. *in* §. 6. Conscientiae igitur reete consulet, si libellum proponat vel praeconis voee significet quid invenerit paratumque se ad restituendum §. 8 *d. l.* Reperto domino et rem suam esse probanti, restituet eam naque meroedem εὕρετρον, μήνυτρον, exigere dobet, sed impensas duntaxat repetat, ut tamen praemium interim oblatum aeeipere honesto possit. *d. l.* §. 9. Domino non veniente, Inventor rem retinabit, quia nemini potius eompetit; sed an dominium adquiret? Causam video nullam, si derelieta uon fuerit. Utique; si servando servari nequeat, consumet eam, vel dabit pauperibus. Si durabilis, an derelicts praosumotur? Probabilo id quidem; sed quid si prior dominns postaa superveniat justamque ignorantiae causam probet? Neque textum, neque rationem video, quao dominium praestet. An saltem usueapi poterit? *Ne* id quidem, cum et titulo et opinione dominii careat. Id expeditum est, si res dominum amplius non habeat, eum qui invenit, lieet hoo ignoret, revera dominium adipisei; si extet adhuo dominus, neo tamen se prodat, rem manere apud inventorem: eumque, suparveniente etism domino, si ab initio animum fraudandi non habuerit, bonae fidei possessoris jure gaudere. Posse etiam a Lege val Magistratu, postquam publiois proscriptionibus in dominum satis inquisitum, praesumpta deralietione, dominium ipsimet vel pauperibus addici, * ambigendum non vidatur. Platonis enim sententia *d. l.* XI. qui ros smissas et publieo jaeentes na quidem vult tangi, sed numinis Itinerarii eustodiae relinqui, vere Platoniee, id est ἄπρακτοι eat, in hac injustitia evaritiaque hominum.

22. Propo eodem fundamento doetrina de Thesauro nititur, ut per oecupationem adquiratur.

S c h o l i u m.

Magis per accessionem. vid. Not. ad Strauch VI. 32. pr.

R e s p o n s i o.

Occupationem arguunt verba l. 31. §. 1. de A. R. D. *Thesaurus fit ejus qui invenerit. Pone locum esse nullius, totus fit invontoris, vi sane occupationis. In loco proprio inventus, fit etiam totus ejus qui invenerit*, §. 39. h. t. *non jure accessionis, sed ob aequitatem naturalem, habetur in* d. §. 39. *fundatam in occupatione, quae nullo altorius aequitatis respectu minuitur; qualis adest, si repertus sit in alieno fundo, nam aequum est dominum lucri ex re sua facti participem fieri: accessiones semper habent relationem usus et ordinationis ad res principalos*, l. 19. in fin. de aur. arg. leg. *cujusmodi nihil in Thesauro, fundi respectu intilligi potest.*

N. A d d i t.

Romani in doctrina de Thesauri adquisitione saepe variarunt, cujus variationis historiam exposuit erudito Schilterus, Ex. 45. ed Pand. §. 25. seqq. *Tribonianus vero, etsi Pandectis inseruerit sententiam Pauli, Thesauri adquisitionem satis aperte referentis ad genus occupationis, in Institutionibus tamen*, §. 39. Inst. de R. D *et reliquis Justiniani Constitutionibus, propius accessit ad accessionis doctrinam. Quod sic probo, si quis invenit Thesaurum in fundo proprio, ipsius est. Hic nescias, an jure occupationis, an jure accessionis, poterit enim ea conclusio deduci ex utroque jure. Si quis casu fortuito in fundo alieno invenerit, dimidium inventoris est, dimidium domini. Hic iterum nescias, cui dederit praerogationem Justinianus, an occupationi, quam allegat inventor, an accessioni, quam urget Dominus fundi. At si quis data opera invenerit thesaurum in alterius fundo, totum thesaurum adquirit Dominus, non in poenam inventoris, (nam alias occupans in fundo alieno res nullius, etiam data opera, non obstante etiam prohibitione Domini, tamen adquirit, ut ex primis principiis constat) sod jure accessionis, nec enim aliud ullum jus subest. Unde miror, cur Autor in responsione hanc speciem plane omiserit. Ex qua tamen facile potest dari alia ratio, cur tamen, si quis casu invenerit thesaurum, dimidium accipiat. Neque enim id ideo fit, quod aequum sit, dominum lucri ex re sua facti fiori participem, nam alias etiam dominus fundi deberet accipere dimidium ferarum in fundo suo captarum, sod potius, quod aequum sit, ut dominus fundi qui accessionem hanc ignorabat, eum participem faciat lucri, quo divina prudentia uti voluit tanquam instrumento innocente*

* Ita in Saxonia, postquam inventor proclamationem consuetam procuravit, nemo vero, qui dominium deducere possit, intra sex septimanas comparuit, duae partes rei inventae fisco, tertia inventori adjudicatur. *LR. L.* 2. *a.* 29. 37.

ipsum ditandi. Jam etiam facile responderi potest ad casum Autoris de thesauro invento in loco nullius. Hic utique totus fit inventoris, et quod additur, vi sane occupationis, etiam verum est; Sed simul verum est, etiam jure accessionis; quia in hoc casu totus fundus nullius est. Si igitur totum fundum occupet, thesaurum adquiret jure accessionis. Si solum thesaurum, jure occupationis, quia nemo adest, qui jure accessionis uti possit. Quod vero porro additur; in Institutionibus haberi, thesaurum in loco proprio inventum fieri totum inventoris, ob aequitatem naturalem, E. non jure accessionis; non magis cohaeret, ac si ego contra vellem inferre, ergo non jure occupationis. Quis enim dubitaret, et occupationis et accessionis modum niti aequitate naturali? Imo tantum abest, ut mentio aequitatis naturalis ibi opponatur sive occupationi, sive accessioni, ut potius verosimile sit, eam respicere ad leges praecedentium Imperatorum thesauros fiscis indistincte vindicantes. Denique falsum est, quod Autor dicit, accessiones semper habere relationem usus et ordinationis ad res principales: neque istud dicit allegatus textus. Nam quin praeterea et pars naturam accessorii habeat in relatione ad totum tanquam rem principalem, nemo dubitat. Atqui thesaurus, cujus dominus ignoratur, in fundo absconditus, est pars fundi.

(y) Est autem nihil aliud Thesaurus quam vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria sic ut jam dominum non habeat. *l.* 31. §. 1. *de A. R. D.* Per pecuniam quaevis intelligi mobilia, probatur ex *l. un. C. de Thesaur.* ubi; *condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia*, quomodo thesaurum Leo definit. Plane si dominus pecuniae illius, vel nullus; vel plane ignotus sit, naturalis ratio monstrat, eam non posse quam invenientis fieri. Alias certum est, quod Hotomannus ad §. 39. notat, *non omnes defossas abditasque pecunias huic legi jurique subjectas esse*, quam in rem subducit ac illustrat speciem *l.* 67. *de R. V.* Proinde si quis dominii sui fidem faciat, huic non magis thesaurus, quam aliae res amissae, negari possunt. *l.* 31. *in fin.* §. *ult. de A. R. D.* Eamque ob causam ex Platonis sententia oraculum erat consulendum, *d. lib. XI. de Leg. princ.* Ἡ πόλις, inquit, εἰς Δέλφους πεμπέτω, καὶ ὅ θεὸς ἀναιρῇ περί τε τῶν χρημάτων καὶ τοῦ κινήσαντος, τοῦτο ἡ πόλις ὑπηρετοῦσα ταῖς μαντείαις δράτω τοῦ θεοῦ, *Civitas mittat, Delphos, et quicquid Deus responderit de thesauro et qui amovit eum, id civitas vaticiniis obtemperans, facito.* Verum si dominum jam non habeat thesaurus, ut ponit *d. l.* 31. §. 1. tunc ita juris est; qui in suo fundo, seu casu sive industria reperit, is totum facit suum. Qui in alieno data opera, totum domino terrae restituet; sed qui casu fortuito, partem dimidiam sibi retinet; alteram domino fundi praestare debet. *d. l.* 1. *et hoc* §. 39. Sed Thesaurus magicis artibus inventus a fisco vindicatur. *d. l. un.* Quoquam Bodinus in *daemonomania sua* negat, diabolum habere hanc potestatem, ut servis suis thesauros praestet, multisque ostendit exemplis, magos id operam dantes, fuisse vel delusos vel terribiliter repulsos, prout sane plerosque huic infelici artificio deditos cum paupertate colluctari, aut minime profecto ditescere videmus.

Porro etsi thesaurus ut res Nullius consideretur, non tamen, ut dictum, totus invenienti cedit, quemadmodum res aliae Nullius; sed domini fundorum vocantur in partes, quod secus esse in feris bestiis aliisque rebus, quae occupantur, intelleximus. Bestiae enim, quae vagantur, nullo respectu magis ad agri in quo sunt dominum, ac alium quemvis pertinent, ut nec caetera in superficie soli reperta. Sed thesaurus magis afficit fundum, e cujus visceribus eruitur, in quo tot annos reconditus latuit, nec tantum fortunae vel industriae, ut reliqua occupata, sed et loci beneficium videtur; cui praesumptio accedit, quod ab antecessoribus praesentis possessoris reconditus videatur. Imo quod magis est, cum ferae aliaque in terris alienis capta, licet studio dominoque invito, capientis omnino fiant, thesaurus in tuo agro a me data opera quesitus et repertus, tibi totus cedit. *d. l. un.* Sed cur non et hic investigationis peccatum punitur, ut tamen dominii adquisitio procedat, quemadmodum *supra* toties audivimus? Nempe, non cuilibet peccato id indulgendum, ut auctori suo, licet alio respectu, juris effectum tribuat. Longe differt ingressus in fundum alienum a persecutione subterranea et effossione ac eversione fundi alieni. Domini autem fundorum omnes intelliguntur, qui vere tales sunt, seu privati, sive etiam Respubl. vel Caesar, aut Fiscus, quibus nihilo plus juris, quam reliquis tribuitur, *d.* §. 39. *h. t.* quod moribus Europae est aliter, quibus promiscue omnes thesauri fisco vindicantur, teste Grotio *lib.* 2. *c.* 8. *n.* 7. *de J. B. et P.* quanquam de jure Saxonico * aliter

(y) *Pos.* 53. *et seqq.*

* Ita est omnino. Nam licet ex verb. *L. R. L. i. art.* 35. *Alle Schatze unter der Erden begraben, tieffer denn ein Pflug gehet, gehoren zu der Koniglichen Gewalt* nonnulli omnes thesauros ad fiscum

Treutlerus testatur *vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 2. *lit. G.* et oostro Frisiorum jure oihil hac parte mutatum reperitur, sed juris civilis observantia viget. Caeterum domini appellatio stricte hic sumitur, ut etiam maritus in dotali fundo; licet revera dominus repertum thesaurum restituere debeat. *l.* 7. §. 12. *Sol. matrim.* Multo minus pro dominis habendi, qui alios agooscunt dominos, dum ipsi fructus et emolumenta habent; neqoe enim in fructu thesaurus est, *l.* 63. §. 3. *de A. R. D.* proinde, an Emphyteuta pro domino habendus, quem abusive talem dici, probavimus *supra n.* 13.? Rationes, quibus pro Emphyteuta DD. moventur, habet Schneidew *ad* §. 39. *h. t.* quas refutat D. Wissenbach. *p.* 2. *ad ff. disp.* 18. *th.* 14. alibi videbimus, *adde sis* Vinn. *h. t.* Atque ita juris est, si thesaurus in loco proprio vel alieno repertus sit. Quaestio de iis superest, qui in sacro vel religioso inveniuntur; In *d.* §. 39. secundum Hadriani Edictum et Naturalem aequitatem, toti ad inveotorem pertinere dicuntur; nam quia sacra io Nullius dominio sunt, sequitur, solum occupationis jus superesse, quo res inventori addicatur. Tamen *lex* 3. §. *pen. de jure fisc.* thesaurorum in locis sacris repertorum partem dimidiam a Fisco auferri tradit. Cujus rei desperatam conciliationem habent plerique citati a D. Wissenbachio *disp.* 10. *ad Inst. th.* 34. ubi tamen quod Hotomannum inter conciliatores recenset, aliter liquet ex comment. *ad d.* §. 39. Scilicet, sacra loca et religiosa, proprie loqoendo Nullius omnia sunt; tameo ratione finis et usus quaedam esse privata, quaedam publica, diximus *supra.* De illis agitur in *l.* 5. *et seq. de Relig.* ubi familiaria et hereditaria sepulcra; de his Aggenus Urb. *in lib. de limit. agr. Sunt*, ait, *in suburbanis loca publica, inopum destinata funeribus, quae loca Culinas appellant.* Jam quid vetat *d. l.* 3. §. *pen.* de hisce, at §. 39. de privatorum sepulturis et aedibus intelligi, ut in illis Fiscus jure dominorum utatur, quod privatis non tribuatur? Neque enim insolitum Fisco aliquid praerogativae adscribi. vid. D. Vinn. *hic.*

23. Denique missilium adquisitio ad occupationem referenda videtur. Plerumque in traditione tam adquirentis, quam cedentis personam debere certam esse, res loquitur; fieri tameo posse, ut incertae personae dom oium quaeratur docet Imp. exemplo missilium, quae hoc animo jaciuntur, ut quod acceperit quisque proprium id habeat, §. 46. *h.* nec scrupuli quicquam est, quo minus justa illa traditio videatur, quia voluntas spargentis et apprehendeotis est perspicua, licet praecedens destinatio vaga atque incerta fuerit. Consules atqoe Praetores missilia spargere solitos narrat Imperator, idque ut Theophilus addit, ἢ ἐν ταῖς προσελεύσεσιν, ἢ ἐν ταῖς θέαις, *in processibus aut in spectaculis.* Qui ex veteribus Rom. magistratibus corrumpendae plebi se dabant, genorosius patrimonia sua effuodebant, ludis ad miraculum sumptuosis, viscerationibus, epulis, pecuniis universo populo viritim sine fine modoque praebendis. Augustus, subacta plebis licentia, fere primus legitur jucandi causa privatim obsonia, poma et res missiles sparsisse diripiendas apud Sueton. *In Octav. c.* 98. aliquando etiam σύμβολα εἰς τὸ θέατρον ἔρριψε, *in theatrum symbola sparsit*, teste Dione *lib.* 49. De Caligula vid. Suetoo. *cap.* 18. Item Nero, qui sparsit *tesseras frumentarias, vestes, aurum, argentum, gemmas, margaritas, tabulas pictas, mancipia, jumenta, mansuetas feras, novissime naves, insulas, agros*, per tesseras scilicet. Apud Graecos idem a Magistratibus factitatum ex prohibitione Marciani colligitur in *l.* 2. *C. de Cons.* et concessione spargendi argenti a Jostiniano facta, *Nov.* 105. tertiaque prohibitiooe Leonis *Nov.* 94. Scilicet, haec missilia sparsa in vulgus fiunt occupantium, ut doaet Imp. *in* §. 46. *h. t.* quanquam et ad traditionem, qoae fit in personam incertam, eorum adquisitio referri potest, ut fit *in d.* §. 46.

DE ACCESSIONE.

24, (a) Secundus modus adquirendi Dominii est *Accessio*, qua res una principalis trahit alteram ut sibi junctam et quasi partem sui; Estque duplex; *Naturalis* vel *Artificialis.* Naturalis, quam natura; Artificialis, quam homo facit ad Rem. Naturalis exempla sunt in foetura animalium, Alluvione, Avulsione, Insula in flumine nata et mutatione alvei. Foeturam quod attinet, Jus Romanum hoc tenet; Dominum foetus eum esse ad quem pertinet animal, ex quo est editus, partum sequi genitricem, non genitoris Dominum, tam in servis, quam bestiis. §. *pen. I. de jur. pers.* §. 19. *h. l.* 6. *de A. R. D.* At scrupulum facit, quod foetus animalium sint res separatae, nec pro accessionibus genitricum habendi videantur per *l.* 3. *de pecul. leg. l.* 63. *de Leg.* 1. ubi Celsus falsi arguit Servium, qui

(a) *Pos.* 58. *et seqq.*

pertinere veliot, v. Reeinb. *diss. Jur. Sax. p.* 6. *diff.* 13. Zobel. *p.* 2. *diff.* 62. Constitutio tamen Electoralis 53. *p.* 2. aliter hunc textum explicat, et ad ulteriora verba, *Silber mag auch sein Mann.* d. art. 35. respiciendo, ad auri argentique fodinas restringit, v. Hüg. *p.* 1. *qu.* 13. *n.* 55. Moller. *ad. d. C. n.* 2. Quam interpretationem temere sugillat Bachovius *ad Treutlerum*, cui respondit. Carpzov. *ad d. C. def.* 4.

partum ancillae accessionem ejus putabat. Doctores hanc ob causam duplicem faciunt accessionem, discretam et continuam. Discretae exemplum ponunt in genitura, quia quod natum a ventre separatum est. Verum dici potest, Foetus adquisitionem non tum spectandam esse, cum in lucem est editus, sed ubi conceptus et adhuc in ventre situs est, quo tempore pars genitricis et *pars viscerum* vocatur in *l.* 1. §. 1. *de inspic. vent.* et procul dubio accessionis loco habetur, estque in dominio ejus qui jus habet in ventrem, quod ita inchoatum et adquisitum, non potest tum desinere, postquam foetus, cura sumptuque domini ab utero separatus est. Libertas aut servitus competere incipit foetui dum adhuc in visceribus est, *tit. I. de ingen.* et jus patriae potestatis adquiritur in filium aut nepotem statim atque conceptus est, necdum natus, . *pon. I. Quib. mod. jus. Patr. Pot. solv.* Ideoque nulla causa est, cur non aeque dominium foetus ante nativitatem existat; quod etiam venditione animalis in alium transferri potest ac solet. Aliter philosophatur Grotius *lib.* 2. *c.* 5. §. 29. *et c.* 8. *n.* 18.

25. (a) Sequuntur duae Accessionis species; Alluvio et Avulsio. Quarum illa est incrementum latens (proprie causa incrementi) quod mare vel flumen agris insensibiliter adjecit. §. 20. *h. t.* Et quanquam particulae istae plerumque aliorum terris abrasae aliis affluant, juxta illud *Lucani*; *Illos terra fugit dominos*, *his rura colonis Accedunt*, *donante Pado*, quod et in mari experientia testatur; quia tamen ignoratur unde venerit, ideo pro *nullius* habentur iisque adquiruntur, quorum fundis sunt adjectae et quorum partes sunt factae, eorumque jus et conditionem in omnibus sequuntur, vid. Balduin. *hic*. Grotius tamen *l.* 2. *c.* 8. §. 12. naturaliter alluvionis lucrum pertinere ad eum docet, cujus est flumen et alveus, eum ot ripam ejusdem esse statuat in §. 9. *d. cap.* Proinde, quod privatis alluvio adscribitur, id uiti praesumpta concessione populi, qui est dominus fluminis. Quae praesumptio cessat in agris limite certo discretis vel mensura expressa comprehensis, quibus ultra eum limitem vel mensuram nihil incrementi concessum videtur, *l.* 16. *de A. R. D. l.* 1. §. 6. *de flumin*, dum tamen sciamus, non ubicunque mensurae aliqua fit mentio, ita juris esse; nam si possideantur agri simpliciter usque ad mare vel flumen, tum alluvio obtinebit, etsi venditores numerum aliquem jugerum profiteantur; modo adjectum sit, ut apud nos fit, *seu plus seu minus in corpore agrorum extet*: atque id servari puto in Oceani incrementis, quae in Septentrionali litore Frisiae extra publicos aggeres luculenta sunt. Caeterum, in lacubus et stagnis Jus alluvionis non agnoscitur, ait Callistratus in *l.* 12. *de A. R. D.* addita ratione, quia etsi crescunt et decrescunt, retinent tamen suos terminos; cum quod per aestatem fit aridum, hyeme rursus inundetur; ob hanc inconstantiam, in iis nullam accessionis vel decessionis rationem habendam monet Alfenus in *l.* 24. §. *ult. de aqua et aquae pluv.* Indicare tamen illa ratio videtur, si quando in lacu publico vera, constans et durabilis alluvio, fiat, ut experientia testatur fieri, idem juris in iis esse, quod in fluminibus, idque de nostris in Frisia lacubus, qui non minus sunt perpetui quam flumina, omnino dicendum videtur; Unde D. Sandius *lib.* 5. *tit.* 2. *de fin.* 2. de lacubus et de fluminibus promiscue et eodem jure, quoad alluvionem et exsiccationem, loquitur.

Avulsio est incrementum (sive causa incrementi) quo vi maris vel fluminis pars alieni agri nostro palam adjicitur; quae cum in dominio maneat, nihil obstat, quo minus ea vindicari possit, §. 21. *h. t. l.* 5. §. 3. *de R. V.* quod multo magis de rebus aliis inundatione in agros aliorum delatis, statuendum, quae se nullo modo ut accessiones habere possunt. Quo pertinet, quod Trebatius refert, apud Ulpianum in *l.* 9. §. 1. *de dam. inf. Cum Tiberis abundasset, et res multas multorum in aliena aedificia detulisset*, *interdictum a Praetore datum*, *ne vis fieret dominis*, *quo minus sua tollerent*, *auferrent*: sua tollere, auferre, jus vindicandi satis arguunt. Idem tamen Ulpianus in *l.* 4. §. 2. *de reb. cred. Ea quae vi fluminum importata sunt*, inquit *condici possunt.* Cur *condici*, cum dominium manserit? Tunc enim nulla condictio est. §. 14. *I. de action.* Aut igitur *condicere*, hic generaliter agere vel petere significat, ut Balduinus *hic*; aut dicendum, res importatas in *d. l.* 4. fuisse tales in quas alioqui ante inundationem possessori condictio saltem, non vindicatio competebat; vel potius, quod loquatur de terra alterius agro adjecta, quae coaluit: hanc condici posse, id est, pretium ejus peti, qua alterum locupletari meo cum jactura par non sit. Ubique enim in hac materia, is, cui dominium decedit, actionem pro indemnitate pretioque retinet. §. 26. *h. t.* Idque etiam hic obtinere, postulat aequitas, etsi scrupulum moveat D. Vinnius. Nempe igitur, ubi pars alieni agri per avulsionem meo fundo adjecta coaluit, sic ut frusta distingui nequeant, tunc mutari dominium mihique partem avulsam adquiri, notum est ex *d.* §. 21. Coalitio autem facta dicitur, cum nova pars unitatem cum terra nostra fecit, ut ab ea distingui nequeat. *l.* 9.

(a) *Pos.* 62. *et seqq*

§. 2. *de damno inf.* cujus rei argumentum habemus, si arbores non avulsae, in meum fundum radices egerint, *d.* §. 2. quae tamen nota minime semper exigi potest, cum nec agri omnes ferant arbores, neque hae in extremitate partis adjectae, ut radices ad alteram pertingant, semper positae veperiantur. Caeterum de avulsione, quae fit vi maris vel fluminis, hactenus nobis sermo est, cujusmodi exempla non desunt in historiis. An idem erit, si qua terrae motu contingat, quod rarum? Mirabile exemplum habet Bakerus *hist. Angl. in Elisab. cap. de memorab.* Anno 1571. *die* 17. *Febr.* montem cum agro viginti jugerum in Comitatu Herefordensi, sublatum actumque per aërem esse, cum arboribus et pecudibus per 36. horas, donec subsisteret. Quaeri poterat, utrum is ager prioris domini fuerit, an ejus, cujus fundo incubuerat, quod verius videtur; nisi juxta aliorum praedia in aqua substitisset; tunc enim a priore vindicari posset. Simile miraculum postea contigit anno 1583. in Comitatu Dorsetensi, cum campus trium jugerum eodem modo translatus est, ut idem auctor *eodem loco* refert. Idem *in Henrico I. cap. de memorabil.* refert, apud insubres integrum pagum terrae motu fuisse transpositum.

26. (b) Sequitur de insulis novis et primo de his quae in mari nascuntur, quae sunt rarissimae; etsi quaedam exempla Plinius habeat, *l.* 2. *c.* 85. *et seqq.* adde Jonston. *Thaumatogr. l.* 2. *Class.* 2. *cap.* 8. *art.* 1. quanquam Vir Clarissimus P. V. *ad hunc* §. minime raras, sed frequentes ejusmodi insulas esse scribit, quod res et dies et experientia non admittit neque ratio, cum ea sit violentia et vis reciprocantis aestus, ut coalitionem materiae ad insulam congregandam aptae, difficulter admittat. De his autem, si nascantur, expedita decisio est, quod ejusdem juris cum Mari sint et occupantium fiant, §. 22. *h.* eadem ratione. quam in caeteris rebus Nullius supra vidimus. In fluminibus insulae frequenter nascuntur, ut Justinianus testatur; Pomponius tres modos recenset in *l.* 30. §. 2. *de A. R. D.* Primus, *cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit*; sed hoc casu proprietas non mutatur, cum ager salvus maneat, tam quoad superficiem, quam fundum, ut et in fine *d.* §. 22. habetur. Alter modus, cum locum, qui alvei fuit, flumen relinquit siccum et circumfluere coepit. Tertius, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit et eum alluendo auxit; qualis fuit origo insulae Tyberinae ex frumento Tarquinii de campo Martio desecto, ut scribit Livius *lib.* 2. His duobus modis insula fit eorum, qui prope ripas praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quatenus fluvio praetexitur, non habita ratione transversae latitudinis, qua introrsus protenditur. Cui autem lateri propinquior insula est, in eo qui agros habent soli insulam adquirunt; si in medio sita est, communis est eorum, qui utrimque praedia possident, *d.* §. 22. si dubitetur, dimensioni locus erit. *l. pen.* §. *pen. de A. R. D.* * Haec ita, nisi agri septo vel mensura limitati fuerint, ad quos non magis insula quam alluvio pertinet; quin hoc casu insulam occupantis fieri, auctor est Ulpianus in *l.* 1. §. 6. *de Flumin.* Quod si insula sit, quae non ipsi alveo fluminis cohaeret, sed virgultis sustentata fluitat, nec solum tangit, (vide Plinium *l.* 5. *c.* 95.) haec pars fluminis et publici juris habetur, *l. pen.* §. 2. *d. t.* Quod rationi magis convenit, quam ut occupantis fiat; nec dubitandum, quin et naturaliter, etiam in specie *d. l.* 1. §. 6. *de flumin.* insula publici juris censeri debeat, ut est ipsum flumen, non saltem quoad ad usum, ut videtur velle Paulus in *d. l. pen.* §. 1. sed et ipsam proprietatem.

27. Praeterea volunt Jcti, Alveum derelictum esse eorum, qui prope eam ripam praedia possident, *ut de insula dictum.* ** Is autem ager, quem flumen mutato cursu in Alvei formam excavavit, pars fluminis est, adeoque juris publici censetur. §. 23. *h. t.* Si contingat, fluvium, repetito priori alveo, fossam recentem, quam fecerat, reundare, tunc iterum dicimus, accolas habere idem jus, quod habere solent in alveos exsiccatos: Prioris autem domini proprietas jam extincta non reviviscit, etsi ratio humanitatis ipsi potius, quam extraneis, favere videtur, unde Theoph. hic aperte inter jus strictum et aequitatem, τὴν ἀκρίβειαν et φιλάνθρωπον λογισμόν, distinguit. Sed Imperator praecise vicinitatis jus sequitur, in *d.* §. 23. Cajus vero aequitatem praeferre creditur, in *l.* 7. §. 5. *h. t.* Distinguit is, utrum fluvius agrum alicujus totum occupet, an medium perrumpat. Si hoc, tum nihil est scrupuli, cum prior Dominus etiam sit vicinus. Non exprimit Cajus hoc distinctionis

(b) *Pos.* 65. *et seqq.*

* In Albi nascituras insulas, sibi reservavit Legislator Saxoniae Electoralis *D. Augustus*, *Rescripto ad Quaestorem Vitembergensem an.* 1568. emisso, quod exhibet Zieglerus *de Jur. Maj. l.* 2. *c.* 15. §. 27. Alias Jure Saxonico Juris Civilis dispositio adhuc obtinet, quam confirmat *L. R. L.* 2. art. 56. vid. Carpzov. *p.* 3. *C.* 31. *d.* 13. Huber. *ad* §. 22. *Inst. h. t.* Conf. *Noe Meurer vom Wasser. Recht* P. I. *pag.* 7. *n.* 9.

** Idem jure Saxonico receptum, *Land. R.* L. 2. *art.* 56. Caepoll. *d. Servit. rust. praed. cap.* 34. Carpzov. *P.* 3. *C.* 31. *d.* 14.

membrum, sed innuit, dum mox ait, *Cujus tamen totum agrum alveus occupaverit* etc. eoque casu clare distinguit; *Stricta ratione*, inquit, *is cujus ager fuerat*, nihil *in eo alveo habere potest*; In fine subjicit, *sed vix est, ut id obtineat*, hoc est, usu hominum iste rigor juris non frequentatur.

Alia distinctio suppeditatur a Pomponio et Alfeno, in *l.* 30. §. 3. *et l.* 38. *h. t.* in qua videtur acquiescendum: si flumen repente eodemque impetu recesserit ex novo alveo in priorem, tunc restitutus alveus a domino recuperatur, *l.* 30. quam non modo de inundatione, ut *Grotius*, sed et alvei mutatione loqui, e *fin. d.* §. 3. intelligitur; quod si paulatim et minutatim retro abierit, vicinis adquiritur, *l.* 38. Ita ut illa brevis alvei mutatio inundationi adsimiletur: hanc enim fundi speciem, et proinde dominium non mutare, docetur in §. 24. *h.* (c) Est quippe praeter naturam et solitum aquae fluxum inundatio, ideoque brevi intra terminos suos reditura speratur, agro in priori specie relicto, cum alvei mutatio, fundum et excavet, et stabilito fluminis cursu, comparata sit ad perpetuitatem. Atqui Pomponius in *l.* 23. *Quib. mod. ususfr. amit.* si ager flumine vel mari inundatus fuerit, et usumfructum et proprietatem amitti scribit. Non loquitur, ait D. Vinnius *hic*, de simplici inundatione, sed cum flumen, deserto alveo, totum impetuose in agrum alicujus perrumpit, quasi novum alveum quaerens: at haec responsio non convenit inundationi maris, de qua textus perinde loquitur. Balduinus aliique, proprietatem non penitus, sed fructu et effectu tenus amitti dicunt; Receptior distinctio est inter gradus inundationis, ut levis et brevis non mutet dominium, gravis et diuturna mutet, quod tamen juris esse naturalis, negat Grotius *d. cap.* 7. §. 10. Forte Balduini responsio praeferenda fuerit. (9) De possessione et usufructu simpliciter juris est; ut per inundationem extinguantur, sed recedente aqua restituantur. *l.* 3. §. 17. *de adquir. poss.* Mores hodierni praescriptionem receperunt, ut si ager toto decennio mersus fuerit, pro derelicto habitus et amissus censeatur, nisi dominus possessionem aliquo actu continuaverit, qualis etiam piscatio est, licet per eam jure Romano fundi aqua operti possessio retineri nequeat *d. l.* 23. *et l.* 3. §. 17. Idem in Hollandia servari de agris arena literali opertis et in similitudinem litorum redactis, testatur Grotius *l.* 2. *Jur. Holl. cap.* 9. post lapsum scil. decennii; nec a juris civilis ratione id abhorrere videtur. De fluminum insulis hodie fere sic juris est, ut sint publicae et principi cedant, nisi quod in Geldria aliisque locis, vicinorum occupantium fiant; sed ritus occupandi suavis est; oportet enim vehiculum fimo oneratum per vadum in insulam agere, ibique cantharum vini aut cerevisiae ebibere, Grot. *d. cap.* 8. §. 14. Coris *advers.* 4. 24. P. Voet. *hic.* in agro Putteno, ubi vicinus gladio suo insulam contingere potest, dominium ipsi adquiritur, Grot *l.* 2. *jur. Holl. c.* 9. *in fin.*

28. (d) Accessionis artificialis exempla sunt in §. 26. 27. *et seqq.* In priori agitur de eo, qui purpuram alienam suo vestimento adtexuit, quem fieri dominum purpurae, per consequentiam vestis, etsi pretiosior sit purpura, docet Imp. et ratio juris, quae dictat, accessionis respectum non referri ad disparitatem pretii, sed ad rem, cujus ornandae causa fuit comparata *l.* 19. §. *ult. de Aur. arg. leg.* Jam satis constat, Purpuram alienae vesti junctam, a domino sine dubio amitti, tantisper dum juncta manet, ea vero separata, dominium reviviscit et vindicari potest, ut de tigno aedibus juncto videbimus *infra*, licet aliter in his, quae per ferruminationem consolidata sunt, habeatur in *l.* 23. §. 5. *de R. V.* de cujus tamen exceptionis ratione merito dubites. Porro quamdiu res conjuncta manet, contra bonae f. possessorem dabitur actio in factum pro pretio, quatenus ni cum alieno damno lucrum facere non licet. Quod si fur alienam purpuram, aut aliud quid suae vesti junxerit, hic primo tenetur furti actione poenali, tum condictione furtiva, quae etsi domino tantum competat, *l.* 1. *de cond. furt.* tamen in hac specie datur et ei, qui cum res surriperetur, dominus fuit. *d.* §. 26. Praeterea, cum purpura separari queat, agere potest dominus ad exhibendum separandumque, ut purpuram seorsim exhibitam vindicare suo commodo possit, prout de similibus traditur in *l.* 6. *l.* 7. §. 1. *et l.* 9. §. 3. *ff.* ad exhib. Ex quibus apparet, forense momentum in hujus rei interpretatione non esse adeo magnum. Fit sane, qui jungit aliena suis rebus, eorum dominus; at quorsum? Si bona fide sit, tenetur ad pretium, si fur sit, insuper duplum praestat: quin ipsa res et dominium ei potest extorqueri, levi circuitu facto per actionem ad exhibendum.

(c) *Pos.* 67. (d) *Pos.* 69.

(9) *De hac quaestione et sensu* l. 7. §. 5. *et* l. 30. §. 3. *de A. R. D. Videndus omnino Noodt probab.* lib. 1. cap. 1. *contra quem disputant Christfr. Waechtlerus in notis ad probab. d. l. et Abrah. Wieling.* lect. jur. civ. lib. 1. cap. 12.

29. (e) Sequitur aedificatio in §. 29. *et* 30. de qua regula traditur; *Quod solo inaedificatur, solo cedit*, idque tam naturali, (dissentiente iterum Grotio *d. cap.* 8. *lib.* 2. §. 21. *de J. B. et P.*) quam civili jure, ut Cajus affirmat in *l.* 2. *de superfic.* Ideo qui ex aliena materia in suo fundo ponit aedificium, ipse ejus intelligitur dominus, non quia aedificavit, sed quia solum ipsius est. Sed ecce subtilitatem juris Romani, quanquam domus cedat Domino soli, tignorum tamen et lapidum omnisque materiae dominium ille non consequitur, sed haec prioris domini manent. *hoc* §. 29. *l.* 7. §. 11. *h. t.* Sunt enim res diversae aedificium et caementa, tigna aliaeque res ex quibus aedes constant, *l.* 7. §. 2. *de except. rei jud.* unde qui domum possidet, singulas res possidere non intelligitur, et qui usucepit eam, is ad materiam aedium resolutarum usucapiendam novi temporis indiget *l.* 23. *pr. et* §. *ult. de usucap.* atque ita non offenditur Regula *l.* 5. §. *ult. Commod.* quae negat, duorum ejusdem rei in solidum posse dominium, vel possessionem consistere. Porro dominium materiae a lege ita cohibitum est, ut aedificii dominium non destruat neque turbet. Hinc nemo sua tigna alienis aedibus juncta stante aedificio vindicare potest, neque ad exhibendum de iis agere, quia Lex XII. Tab. ne ruinae adspectum urbis corrumpant, *l.* 2. *C. de aedific. priv.* id prohibuit, *h. t.* §. 29. idemque de vineis traditur in *l.* 1. *de tign. junct.* Ne tamen dominus tigni injuriam queri possit, datur ei actio per quam non modo pretium, sed et omne id quod interest consequitur, actione in factum in duplum, *d.* §. 39. *et l.* 1. nisi forte tignum ita sit junctum, ut sine ruina vel gravi detrimento eximi queat; tunc enim nulla est ratio, cur non aedificator eximendo tignum, si deterius non sit, liberare se possit. Nam quod Lex XII. Tab. dicitur *non permittere* tignum solvi aut vindicari, id respectu domini tignum repetentis intelligendum; de aedificatore cavit eadem lex, ne is tignum eximere *cogatur ne* aedificia rescindi *necesse sit.* §. 29. *h. t.* Cujusmodi verba non inferre quidem necessario licentiam *si velit*, alibi ostendimus; tamen ubi nullae sunt rationes in contrarium, a naturali significatione verborum, quae facultatem supponit, non est recedendum. Actio igitur in duplum constituta est in favorem aedificantis; ne is domino rem vindicare volenti cum strage domus suae parere cogatur; sed redditionem ipsius rei, praestando duplum loco ejus quod interest, evitare possit. vide sis Raevard. c. 23. *ad L. XII. tabb.* Igitur quicunque non potest cogi ad solvendum tignum, neque id solvere vult, is tenetur in duplum, *l.* 23. §. *pen. de R. V.* atque ita non is tantum qui mala, sed et qui bona fide junxit, *cui propter optionem, de qua diximus*, injuria non fit; etenim solvat atque reddat tignum, si gravari se putet. idque textus evincunt in *d.* §. 29. *l.* 23. § *pen. d. R. V. et l.* 7. §. 10. *h. t.* Nec aliud est in *l.* 98. *in fin. de Solut.* Lex XII. Tab. *tignum aedibus junctum vindicari posse scit*: hoc est; Novit dominum suo jure posse tignum repetere; *Sed interim id solvi prohibuit*; cum id sciret, jus illud dominii impedivit; *pretiumque ejus dari voluit*, jussit dominum esse contentum aestimatione tigni, et quidem, ne conqueratur, duplum indulsit; non prohibet dominum reddere tignum, quod facturus non est, si absque ruina aedium solvi nequeat. (10)

S c h o l i u m.

Satis quidem erudite pro hac sententia disputat Auctor in praelect. *Sed his tamen non obstantibus, retinemus adsertionem contrariam, per dicta ad* Strauch. VI. 45. p. 77. *Momentum controversiae in eo consistere videtur, an solutio tigni in* l. 6. D. ad Exhib. et in l. 98. in fin. de Solut. *prohibita, spectet ad actorem, an ad reum? Ad actorem spectare, putat noster* d. l. *Sed ad reum spectare, innuit, ni fallor*, l. 1. pr. h. t. *ubi Ulpianus: Lex XII. Tab. neque* (reo) *solvere permittit tignum aedibus vel vineis junctum, neque* (actori) *vindicare.*

R e s p o n s i o.

Si ab hujus L. interpretatione res pendet, facilis expeditio est. Lex XII. Tab. prohibuit solvere tignum aedibus junctum actione ad exhibendum, qua hoc petit actor, ut clare docet l. 6. ff. ad Exhib. *et per eamdem vetat directe tignum vindicari; reliqua jam dicta dicendo non repetimus.*

N. A u d i t.

Ego vero hanc explicationem non intelligo: Lex XII. Tab. prohibuit solvere *tignum actione ad exhibendum, qua hoc petit actor, ut clare docet l.* 6. ad Exhib. *Verum est, docet id* d. l. 6. *quod hoc petat actor. Sed*

(e) *Pos.* 70. *et seqq.*

(10) *Cum auctore sentit Vinnius ad hunc* §. 29. *Contraria tamen sententia, quam et Thomasius hic et Heineccius in notis ad Vinnium sequuntur, magis probabilis apparet, propter verba prohibitiva legis XII. Tab.*

non docet, quod petere solutionem et solvere sint unum idemque, et quod prohibitio solutionis sit eadem cum prohibitione petitionis solvendi, quod erat in quaestione. Ergo potius proderit addere dicta, ad quae provocat Scholium. Dixeram ad Struvium, (*qui etiam putat, h. f. possessorem posse liberari eximendo tignum.*) *Potius negatur quaestio, quia verba l. 12. tabb. sunt prohibitiva.* l. gemma. 6. vers. aliter ff. ad exhibend. l. qui res suas. 98. §. ult. ff. de solut. l. 1. pr. ff. de tigno junct. Locam. quaest Justin. 37. *Conf.* Brunnem. exerc. 6. ad Inst. p. 52. *Quamvis ergo quandoque in legibus dicatur, non cogi aedificatorem tignum eximere, inde tamen non concludere licebit, Ergo, si velit, potest; quippe argumenta a contrario sensu contra alios textus expressos non procedunt. Illud autem, quod lex 12. tabb. non nisi ordinariam actionem ad exhibendum et rei vindicationem impedire voluerit, ab Auctore non probatum, quin potius aliud apparet ex* l. 1. pr. ff. de tign. juo. *verb.* ne vel aedificia.

Utrum vero tignum sit furtivum, id est, a tertio surreptum fuerit, vel secus, nihil interesse potest, etsi mentio furtivi saepe fiat simpliciter, qua de re *ad tit. ff. de tign. juncto*; quia vindicandi jus domino, citra furtum, aeque competit, ideoque et prohibita vindicatio eadem actione dupli compensanda est; neque ratio exigit, ut aedificator ideo in duplum mulctetur, quia tertius furtum in tigno commisit, nec enim alieno odio gravandus quisquam: sed et textus citati generatiter de tigno alieno loquuntur et ratio, ne deformetur aspectus urbis ruina aedium, non magis locum habet in furtivo, atque aliis tignis trabibusque; Quod si de non furtivo tigno rei vindicatione vel ad exhibendum agi nequeat, ut certe non potest, metu ruinarum, *arg. l. 1. de tign. junct.* dupli actionem de eo dandam esse, caret omni dubio, *d. l.* 23. §. *pen. de R. V.* Tigni vindicatio negatur, domino in gratiam aedificantis, ne destruere domum cogatur: hic favor non minus ei impertiendus, qui tignum sine furti vitio junxit, quam ei, qui furtivum: Ergo neutrum vindicari potest, sed de utroque in duplum agi. Nec est tamen quod absurdum videatur, furem et mala fide aedificantem, ejusdem conditionis cum eo, qui bonam habet fidem, censeri. Nam furti poena, ut saepe dictum, a ratione dominii separata est: Proin si is ipse, qui junxit tignum, furatus id sit nulla causa est, cur non ut fur civiliter ac criminaliter, puniatur, tametsi tignum repeti nequeat; quod si tertius surripuerit, idque sciat is, qui junxit, praeter actionem in duplum, tenetur actione ad exhibendum in id quod interest, quasi dolo possidere desierit, *d. l.* 1. *et l.* 23. §. *pen.* Caeterum, diruto aedificio, quia dominium ipsius materiae mutatum non fuit, priori domino datur Rei vindicatio, cessante tum ratione Legis de metu ruinae: verum et hic inter bonam ac malam fidem interesse, Justinianus indicat *in fin.* §. 29. si jungas *l.* 2. *de tign. junct.* Nam Imperator ita dat rei vindicationem, *si non fuerit duplum jam consecutus prior dominus*: Ulpianus in *l.* 2. rei vindicationem superesse affirmat, etiam cum actum est tigni furtivi nomine in duplum; quae loca sibi non constant, nisi §. 26. de bona fide, et *l.* 2. de fide mala intelligas. Quidam Tribonianum accusant, quod is ea verba, *si non fuerit etc.* de suo adjecerit in §. 29. cum non reperiantur apud Cajum in *l.* 7. §. 10. *h. t.* unde §. *ille* est descriptus, idque conciliationis loco sufficere volunt. Sed cum Institutiones, ut Tribonianus eas edidit, confirmatae sint, ac ita vim Juris habeant, nihilo secus ea verba, etiamsi adjecta, valebunt, quam si in *d. l.* 7. §. 10. haberentur; atque ita nihilominus quaerenda conciliatio quam nunc dedimus. Moribus hodiernis quanquam actio in duplum non usurpatur, solvere tamen aedificator tignum non cogetur; eadem servandarum aedium causa quae fuit Romae, sed Domino materiae, actio in factum in id quod interest dabitur. Zypae *notit. tit. de rei vind.*

30. (f) Haec de eo qui ex aliena materia in suo solo aedificavit. Ex diverso, si quis in alieno fundo ex sua materia domum aedificaverit, dominium aedificii pertinet ad eum, cujus est solum: Materia autem, si bona fides adsit, manet aedificantis. Sed qui sciens in aliena terra posuit domum, is non modo structuram, sed ipsius quoque materiae dominium absolute perdit, adeo ut ne soluto quidem aedificio eam recuperet; aut vindicare, vel tollere possit, quoniam ultro eam alienasse et donavisse creditur. §. 30. *h. l.* 7. §. 12. *h. t. arg. l.* 53. *de R. J.* At, quia *lex* 2. *C. de R. Vind.* expresse post dissolutionem, materiam ad pristinum redire dominum tradit, *sive bona fide, sive mala aedificium exstructum sit.* Exceptio additur: *si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint*, quod in *d.* §. 30. *et l.* 7. §. 12. semper de mala fide praesumitur ac statuitur. Haec tamen exceptio, collata cum *l.* 37. *de R. Vind.* ἀναθεώρησιν conciliandi praebet; ut

(f) *Pos.* 74. *et seqq.*

* Conf. de aedificio a censuario, *dem Zinsmann* fundo censitico imposito *L. R. L.* 2. *art.* 21. 35.

materia amitti dicatur, nisi aedificans probabilem dubitandi eausam habuerit, ao solum esset alienum, vel si litigiosum hoo fuerit; tuoe enim non habuit dooandi animum, quia et solum sibi mansurum sperabat; deniqne, si fundum bona fide oactus, sub aedificandi tempus aclro coeperit esse alienum, quae est species *d. l.* 37. Jam si adeo materia per malam fidem amittitur, certum est, nec impensas structurae servari posse, cum aedificium si ne scrupulo funditus amittatur. Taman Interpretes rotunde hic docent, mala fide aedificantem servare impensas necessarias, ex *l.* 5. *C. de R. V. et l.* 38. *de Hered. pet.* quo obteote, aequetur, malam fidem non obstare, quo minus omnis materiae, sine qua aedificium esse non potuit, pretium exigatur, ac ita aperte eludetur saootio §. 30. Sed plane dicendum *d. l.* 5. *et l.* 38. loqui de impensis in domum alieoam aotea exstructam factis, hio res flagitat, dominum refundere debere sumptus, quibus carere domus non poterat, quia ipse aos perinde fecisset; sed io aedificio novo, de que agitur *d.* §. 30. diversa ratio liquet, quia arbitrarium, oon necessarium est, aedes oevas educere, in quibus impeosae quoque omnes, nedum materia, fere sunt oecessariae, quae in extruotis conservandis modicae sunt. Nihil igitur ex tali aedificio servat mala fides, nec pretium, sed oleum et operam omoino perdit. (11) Qua in re praxis hodierna mitius comparata est, quae mala quoque fidei possessoribus tollendi facultatem, vel impensas repeteodi concedit, testibus quos citat D. Voetius *ad* §. 31. *in fin. h. t.* At booae fidei aedificatores, non modo materiae dominium retinent, sed cum eam vindicare oequeant, pretiom ejus consequuntur et mercedes quoque fabrorum aliasque impensas non voluptuarias per exceptioem doli mali servaot. *d.* §. 30. Idque *si in possessione constituti* sint, tum, inquam, exceptio datur. Eadem aequitate, noo possidentibus actio dauda videbatur, ne dominus soli cum damno bonae fidei possessoris lucrum faceret; sed nullam competere, probat *l.* 33. *de cond. mal. et met. excep. indeb. l.* 14. *de dol.* licet obstare videatur *l.* 40. §. 1. *de cond. indeb.* de qua vid. Vinn. *ad h. t.* §. Imo qualem haberet? Io rem actio cenvenire oequit, quia noe est dominus oedificii; Nec in personam potest, quia haec datur ex contractu vel delicto, quasi, aut vera, quorum inter aedificantem et soli dominum eihil intereedit. Cujacius auotor est condictionis incerti. Alii dant utilem negotiorum gestorum. Balduinus *in factum.* Quae varietas et textus, quibus utuntur, satis iodicant, solide nullam constare, scil. ex juris ratione; nam ex aeque et bono, ut alias fit, ubi stricta ratio deest, competere aliquod remedium, pulcre Balduinus probat. In praxi utique id locum habiturum nihil est dubitandum. De impensis in rem alienam prius existentem factis, earumque differentia in Necessarias, Utiles et Voluptuarias, *l.* 1. *de impens. in res dot.* alibi locus erit agendi *ad ff.* *

31. (g) Eadem ratione, qua solum trahit aedificium, planta quoque in alieno posita, cum radices egit, terrae domino jure accessionis addicitur. Cui et alia ex causa debetur; nempe quod arbor aetis radicibus alimentum ex solo capiat ac ita paulatim nova fiat omnemque substantiam fundo, cui imposita est, acceptam ferat. §. 31. *h. t.* Corpora enim viventia, ut Alfenus ex philosophis in 76. *de Jud.* tradit, *ex quibus particulis minimis consistunt, hae quotidie ex eorum corpore decedunt, aliaeque extrinsecus in earum locum accedunt*, ex alimento scilicet, cum nutritio nihil sit aliud, quam instauratio partium quae diffluxerunt. In eamdem sententiam Paulus io *l.* 26. §. 2. *de A. R. D.* Si arbor, quae coalucrat, *rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur*, inquit; *nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.* Idque in tantum valet, ut si arbor, cujus stirps, truncus et rami sunt in tuo fundo, radices in meam humum egerit, mea tuoe arbor efficiatur; sed si ex utriusque fundo alatur, communis fiat, *d.* §. 31. *et l.* 22. *pr. Quod vi aut clam.* ubi post annum, vitis, quae in tuo fundo coaluit, adeo tua fit, ut etiam radices, quae in meo fundo supersent, tibi cedant, quod de modicis tenuibusque fibris res jubet intelligendum, quemodo et Pomponius in *l.* 6. *in fin. Arbor. furt. caes.* accipiendus. *Si radicibus vicini arbor aletur*, ait, *tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit*; sunt enim arbores, quae originem satis remotam a vicini solo habentes, tamen extremitates quasdam usque in illud propagant. Vid. de magnitudine radicum Plin. *l.* 16. *c.* 2. *et* 32. Porro quia arbor,

(g) *Pos.* 77. *et seqq.*

(11) *Malim hic dicere etiam malae fidei possessorem servare impensas necessarias, tollere utiles et voluptuarias. Ex* l. 5. C. de R. V. l. l. 38. et 39. *de hered. petit* et l. 37. *de R. V. Nec contrarium probant* §. 30. h. t. et l. 7. §. 12. *de A. R. D., quippe cum agant de malae fidei aedificatore qui non possidet, cui soli convenire potest ratio illic allegata, quod materia voluntate ejus intelligatur alienata.*

* Jure Saxonico aedificia solo feudali imposita, ad successores feudales transeunt, citra refusionem impensarum, alias heredibus allodialibus, *v. H. F.* 28. §. *si Vasallus* faciendam. *L. R. L.* 2. *art.* 21. *P.* 3. *C.* 31.

redicibos per duorum fundos spersis, fit eorum communis, ejus oeusam fructos atiam seqoi, eon est dubium, ut ex cujus solo per plures majoresque radices plus elimenti recipit, is majorem quoque fructuum partem consaquator. Sed obscura et subterranee haec indegandi ratio difficulter usu bominum recipitur; volgoque ie partitioee froctuum magis ad ramos, quod expeditius, quam ad radiees arborum attandi solet; * quin Stetuto Ultraject. *Rubr.* 27. *art.* 1. cautum est, ut propeodeetes fructus communicentur, quod popularo ut uostratibus aralro in usu. Utique in locationibus praediorum, Conductores omni die arbores a se plantatas finita locatione auferunt, etsi radices in conducte solo egarint: quia ut regeri potest, pro alimeetis arborum solutam esse mercedam: plane eum, qui succum terrae suae a vieini arbore exhauriri sentit, deoueciare domieo posse, ut succidat radiees; alitar ipsum id posse vel etiem funditus axscindere arboram, colligi ex eo potest, quod de ramis propeedentibus treditur in *tit. ff. de arbor. caed.* Qua de re, ne turbamenta litium facile inter vicinos eriventur, Soloo prudeoter olim Atheniensibus tulit legem, qua eavit, oportere quemque *ἐλαίαν καὶ συκῆν ἐννέα πόδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν, τὰ δ' ἄλλα δένδρα πέντε πόδας.* *Oleam aut ficum ab alieno agro ad novem pedes plantare, caeteras arboras ad pedes quinque*, quod vetustatis fragmentum Cajus exhibet in *l. ult. Fin. regund.* Seman arvo alieno bnea malave fide injectum et quod eascitur indo, domino fundi cadit, salva eadem repetitione impenserum, quam supra de aedificatione exposuimus, quae utique etiam de plentis intelligitor. §. 32. *h. l.* 25. §. 1. *de usur.* Impensae eutem in fructibus colligandis factae aeque e malee ac bonae fidei possessore servari possunt, quie froctus ipsos minuunt; neque hi aliter, quam deductis impensis intelliguetur. *l.* 36. §. *ult. de hered. pet.*

32. (h) Jam porro quod de scripture atque pictura tradit Imperator ie §. 33. *et* 34. videndum qua ratione nitatur. Si in chartis, inquit, membranisve tuis carmen, vel historiem, vel oratiooem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris, quia charta trahit literes, quae sine charte esse nequeunt: *Necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*, eit Paulos in *l.* 23. §. 3. *de R. V.* Quod licet *ibidem* Paulos etiam de pictura statuat, a Justinieno tamen *videtur melius esse, tabulam picturae cedere.* Etsi eoim pictura sine tabula nihilo magis quam literas sine charte esse possit et tabole sit subjectum, onde naturaliter haec instar soli trahere picturem deberet, tamen propter enorme discrimen quod est inter tabulam, quae paucis assibus, et picturam, quae multis saepe millibus aestimatur, (quales fuera, quas Attalus rex et Augoetus saxagenis aureorum millibus taxarunt, *Vid. Plin. l.* 35. *c.* 10. *et l.* 38. *c.* 7.) placuit hic praevalantiam colligere ex pratiositate; ut is qui pinxit, Dominus tabulae, dato alteri pretio fiat, eootra communem Accessionie ragulam. (12) Male igitur siee dubio Mynsiegerus *hic* eotat, subjectu eoe aliter cedere accessorium, quam si huic illud pretio quoque praevaleat. Nam et supra ostendimus accessionis causam pretii differentie minime niti, ex §. 26. *h. t.* et repetitur idem hoc ipso §. 33. Proinde quod idem Auctor hodie chartem scripturae cadere, veluti picturam scribit, *Propter immutatum cursum naturae, vel consuetudinis, cum hoc tempore semper fere scriptura multi pluris aestimetur, quam charta*, id eur verum sit, parum adverto. Nam si materiam, de qua scribitur, considetemos, veterum historiee, carmina, oretiones, sine dubio praeetantiores, quam hodiernae fueruot. Materiam, per quam literae pinguntur, pluris hodie esse quam chartam, nemo dixerit; atramento enim quid vilius? Aureas vero literas olim perinde habuerunt ec hodie. Maxime vero id mirum, citari ex Paulo in *d. l.* 23. §. 3. hanc regulam, *rem alicujus pretiosiorem, per praevalentiam alienam rem trahere ad se, ut semper inspiciatur quod est pretiosius*, cum nihil tale, sed contrarium potius in loco extet. Habamus igitor in picture exceptionem. Et jure tamen quaeras, cur carminis, orationis, historiae, minor habeator ratio, in quibus et artificii plus et dignitatis est situm, quam picturae. Quid si vir doctus meditationes suas chartae alienae per erroram inscripserit, cogeturne manuscripta chartae domino tradere, aut si penes eum siet, repetere non licebit? Iniquum id absurdumque ait *hic* Hotomannus. Pene dixerim, JCtos id coesiderasse; dominium esse rerum, quae in commercio sunt pecuniisque aestimari queunt, ut causam similis habere naturae. Jam pictura sine dubio aestimabilis etque in commercio est; carmina, orationes, historiae, non aeque, quie

(h) *Pos.* 79. *et seqq.*

* Idem in Saxonia attenditur, nostrum enim jus magis ad jus aëris ramorumque propendentium, quam ad jus soli et ramorum repentium respicit, *L. R.* L. 2. art. 52.

(12) *Sed ratio quae desumitur a pretio picturae aut ab artis favore non valde concludit. Haec commodior videtur, quod pictura novam quandam faciat speciem, quam ex Merillio observ.* lib. 8. cap. 28. *probat Schultingius ad Caji instit.* lib. 2. tit. 1. §. 4.

eruditae meditatinnes nummario pretio dehonestarentur. *arg. l.* 1. §. 5. *de nxtraord. cognit.* Idcirco dumiuium proprie dintum non tribuunt. Tamen eatraordinarium aliquod remedium scribenti competern, ubi momentum rei et aequitas id suadet, dubium nnn videtur. Actio in faetum datur ei eujus pecuniarie interest habere scripturam, veluti ratinnes suas quae in eharta aliena sunt. *l.* 3. §. *pen. ff. ad Exhib.* Inde audebimus colligere, idem statuendum in casu eruditae scripturae, cujus etsi diversa videatur ratio, taman aequitas omnino pustulat, ne eruditioni minus bonoris et juris, quam pecuniario commodo duferatur; nec dubitandum, quin Fora hodierna tam aetionem quam exceptinnem in tali specie Seriptori darent. Imo plane in scriptura idem quod in pictura sequendum esse, Grutius eenset, 2. *Jur. Holl. c.* 8. et Mynsingero affirmanti, id in Praxi ita obtinern, eredere lieet, tametsi ratinnes, quibus utitur, parum ratinnis babeant.

33. (i) Tertius modus adquirendi jure Gentium Dominii, est *Specificatio*; cum quis ax aliena materia faeit novam speciem, ut poculum, vel navem. Quidam Acceasinnem hanc artificialem vocant, sed male, (13) eum bic una tantum res sit et Aecessio duas, quarum una prineipalis, auppnnat. Vetus autem disputatio est, utrum is, qui materiae duminus est, an qui formam dedit, speciem faetam adquirat. Tempore Augusti, luxuriantibus ingeniis, Juris Professores in duas abiere sectas, ducibus Atejn *Capitone* et Antistio *Labeone*, Viris amplissimae dignitatis, quos *duo pacis Decora* nominat Tacitus *lib.* 3. *Ann. sub. fin.* Capito ut erat ingenii subservientis, quod ex Taoito videmus; quae a Praeceptoribus aeceperat, ea exenlere satagebat. Labeo Graeca eruditinne et ingenii qualitate, quod liberum neo ulli obnoxium erat, ne Principi quidem, (unde Horatius Caesaris adulatur 1. *Sat.* 3. *Insanum* vocat,) plurimum innuvare instituit. *l.* 2. §. 47. *de O. J.* Capito sueeessorem in prineipatu scholae, babuit Masurium Sabinum, et hio C. Cassium Longinum: unde *Sabiniani* et *Cassiani* haec secta nominata. Labeoni successit Nerva; Nervae Proculus, Proculo Pegasus, unde *Proculejani* et *Pegasiani*, *d.* §. 47. Hurum dissensionis multa passim vestigia in Pandeetis extant, de quibus Baldninus *ad* §. 25. *h. t.* Inter alia nobilis fuit da Specificatione quaestio. Sabinianus videbatur naturali et eivili ratinni magis convenire, ut dominus materiae fieret dominus speciei, quod huic utique facto alienn rem suam interverti iniquum esset; et si materia ejusdem maneret, necessario forma, quae inerat materiae, sequi deberet. Proculejani subtilius disputabant, per formam esse rem quod esset, eum, qui speciem novam fecisset, auctorem esse rei, quae nunquam fuisset, quam alii eedere absurdum foret. Hanc controversiam alii per distinctionem, ut fit, conciliare coeperunt, quam et Imperator *hoc* §. 25. amplexus est. Si talis forma speciei inducta sit, quae aboleri potest, ita ut res ad rudam materiam reduci queat, tunc forma velut aeeidens cedit materiae ut substantiae, dominiumque speciei eensetur ejusdem, eujus materia fuit. At si forma sit immutabilis, ut ad primam rudemque materiam reduei nequeat, tum forma praevalet et materiam quasi absorbet, quae δοκεῖ τρόπον τινὰ ἀποσβέσθαι, *quodammodo extincta videtur*, ut Theoph. in simili §. *seq.* loquitur. Ideo tunc qui feeit, est dominus speciei, salva alteri condictione ad pretium repetendum. Secundum haec in praepositis exemplis: Si quis ex auro argentoque meo feeerit scyphum, quoniam is ad rudem auri massam contundi vel conflari potest, ego sum scyphi dominus, salvo tamen et ipsi, bonam fidem habenti, operae pretio. Contra, qui ex alienis tabulis fecit navem, is est dominus navis, *l.* 26. *de A. R. D.* quia navis non est amplius lignum, *non manet cupressus*, ait Paulus, sed cupresseum corpus, idest navis. Graviter tamen obstat *l.* 61. *de R. V.* ad quam missis aliorum inventis, responde, *Carinam* ibi non significare materiam navis sive lignum, ut Gothofred. ibi notat, verum infimam partem et fundamentum navis, ut Festus in voce *Carinantes* exponit; nempe sicut pars superior aedificii cedit ei, cujus est infima pars et fundamentum; sic in *l.* 61. Julianus ait, *Proprietatem totius navis, carinae causam sequi*, id est, fundamenti navis. (14) Inter exempla, quibus species ad materiam reverti nequit recenset Imperator vinum,

(i) *Pos.* 81. *et seqq.*

(13) *Et in specificatione Romanis visum fuit duas res considerare, eamque ad accessionem referre, quia forma nova accederet ad materiam, vel contra materia ad formam. Confer Merill. observ.* lib. 1. cap. 21. *Vide etiam Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 25. h. t.

(14) *Haec latius explicat Auctor in* eum Rom. *ad* l. 61. *de R. V. sed et legi merentur ea quae de hac quaestione subtiliter disputat Bartholom. Chesius interpret.* lib. 1. cap. 51. *et* 31. *verius tamen puto admittendam esse dissensum inter Julianum in* l. 61. *de R. V. et Paulum in* l. 26. *pr. de A. R. D. Cum Julianus et Minicius ex Sabinianis fuerint, Paulus autem mediam sententiam sequeretur. Vide Labitti usum. indic. pandect. cap.* 4. §. 13. *et praeterm. ad Labitt. Abrach. Wieling.*

oleum, frumentum, quae proinde iis, qui expressere et excussere ex alienis uvis, olivis, spicis, adquirantur, cum ad uvas et spicas per naturam reditus non pateat. Descriptus est hic locus ex Cajo *l.* 7. §. 7. *h. t.* sed omitti non debuit clausula Caji et animadversio de frumento; quod ideo excutientis non fiat, quia separatio a spicis non est Specificatio; quippe grana, jam cum spicis adhuc cohaererent, suam habebant perfectam speciem et erant ac dicebantur frumentum; adeo ut is, qui excussit, nullo modo speciem novam fecerit, sed eam, quae pridem erat, detexerit. In vino et oleo est alia ratio; quia liquor oleorum et uvarum inclusus corticibus, nondum erat nec dicebatur oleum atque vinum, ut bene D. Vinn. *hic.* Plane studio brevitatis, peccato omissionis Tribonianus hoc loco aperto tenetur.

Vidimus quid requiratur, ut specificatione dominium mutetur, *primum*, ut tuo nomine facias novam speciem, quod Cajus quidem ponit *d. l.* 7. §. 7. sed non est peculiare specificationi, verum generale omnibus adquirendi modis: Tralatitium enim est, eum, qui nomine alterius utitur, non sibi, sed alteri adquirere, *l.* 27. §. 1. *de A. R. D.* ut videbimus infra ad §. 5. *II. per quas pers. cuique adquir.* adeo ut inepte Justinianus reprehendatur, quod requisitum illud hoc §. 25. non expresserit. *Alterum* a multis requisitum collocatur, ut is, qui speciem facit, bonam fidem habeat alienamque esse materiam ignoret: quamvis alii non putent Justinianum in §. 25. et Cajum in *d. l.* 7. id fuisse omissuros, si necessarium credidissent: quod etiam magis mihi videtur. (15) Veteres omne rei momentum in eo ponebant, utrum materia formam, an haec illam traheret. Qui facit speciem, is producit rem novam, quae auctori cedit, quia nova est; Formationis et Specificationis ea vis est, quam mala fides non magis impedit, ac spreta domini prohibitio occupationem ferae, ut *supra* vidimus. Et quis dicat, Specificationem minori efficacia tribuere dominium, quam Accessionem? De qua certum est, eum, qui mala fide purpuram alienam suo vestimento intexit, fieri dominum purpurae. §. 26. *h. t.* Si texturae accessoriae ea vis sit, eritne minor texturae principalis? Qui purpuram suae vesti adsuit sciens alienam, fit, inquam, dominus; qui ex lana alterius sciens novum facit pannum, non fiet? Qui ex aliena materia in suo solo bona vel mala fide aedificat, fit dominus aedium, ut ad §. 29. dicetur; cur solum fortius trahit superficiem in Accessione, quam forma absorbet materiam in specificatione? Quando per Confusionem transfertur dominium, non distinguitur utrum bona vel mala fide materiae sint confusae, ut mox videbimus; quid profertur, cur specificatio minus confusione valeat? Scimus, modos adquirendi habere separatam rationem a poena delicti, quod in adquirendo committitur. Qui prohibente domino feram in ejus fundo venatur, scit rem se facere illicitam, fit tamen dominus per occupationem, sed punitur actione injuriarum. Qui purpuram furtivo animo suae vesti intexit, tenetur, ut fur, et tamen purpurae fit dominus, uti *mox*; idem de confusione. Quid dubitamus etiam eum, qui sciens ex aliena materia facit novam speciem, teneri quidem ob malam fidem, at specificationem nihilominus procedere; formam tamen subigere materiam suoque se Autori addicere? Forma extinguit materiam, *l.* 9. §. 3. *ad Exhib.* quae proin a domino vindicari nequit. §. 26. *in fin. h. t.* Materia non est amplius. *l.* 26. *de A. R. D.* Ergo nec in dominio est. Donellus 4. *comm.* 12. opponit §. 30. *h. t.* qui nihil obstat, cum ibi domus cedat solo, seu bona seu mala fide structa. Sed gravius obstat ratio *legis* 12. §. 3. *ad Exhib.* At rationem legis ultra decisionem extendere, saepe minus tutum est: decisio illic de actione ad Exhibendum loquitur. Quod etiam in *L.* 14. §. 3. *de Condict. furt.* furem uvarum teneri condictione musti traditur, inde jus dominii in suo rigore deduci non potest, siquidem et domino purpurae datur ejus condictio postquam alienae vesti intexta fuit. §. 26. *h. t.* Opponitur etiam *l.* 29. §. 1. *de donat. inter. vir. et ux.* sed inde magis firmatur adsertio nostra, quia tradit, uxorem, cui lana donata est, vestimenti inde facti dominam, licet nullo jure lanam possideret et haud dubio sciverit, donationem esse prohibitam, fieri.

DE COMMIXTIONE ET CONFUSIONE.

34. (k) Succedunt Commixtio et Confusio, quas inter solet hoc discrimen statui, quod Res liquidae et humidae confundantur, aridae misceantur; sed JCti his terminis promiscue utuntur, *l.* 3. §. *ult.* *l.* 5. *in pr. de R. V.* *l.* 7. §. 8. *de A. R. D.* ideo cum inter liquida et arida exiguum hactenus discrimen sit, nihil opus est duas appellare distinctas adquirendi species,

(k) *Pos.* 86. *et seqq.*

(15) *Sed communis sententia, quae bonam fidem in specificante requirit, verior mihi videtur, propter rationem qua Paulus utitur in* l. 12. §. 3. *ad exhib., quae certe supponit dominum materiae esse dominum speciei. Nec rationes ab Auctore adductae contrarium probant: non enim exemplis allegatis potest convenire regula* l. 12. §. 3. *ad exhib.* quod ex re nostra fit, nostrum est.

quas Artis Autores non distinguunt. Sit igitur Commixtio genus, quam si tu Confusionem vocare malis, non intercedam, ut nec, si quis dicat Commixtionem esse vel talem in specie, quae sit rerum aridarum, vel Confusionem, quae liquidarum. In genere igitur Commixtione dominium adquiritur tum, quando res plurium dominorum aut consensu eorum sunt mixtae, aut fortuito ita confusae, ut secerni non possint. §. 27. *et* 28. *h. d. l.* 3. §. *ult.* Voluntatem dominorum habere effectum communicandi dominii hac parte, ut alias semper, non est mirum. Sed confusione casu facta, aliquod discrimen memoratur inter liquidas res et aridas; nam liquidae communicantur, quia particulae earum tam penitus et subtiliter coincidunt, ut eaedem res videantur, nisi nova species facta sit; ut ex melle et vino mulsum, hoc enim fit facientis. *d. l.* 5. §. 1. *princ.* Arida non perinde communia sunt, quorum particulae crassiores sunt, ita ut singula corpora, veluti grana frumenti, in sua substantia durare dicantur. *d.* § 28. Utrumque limitatione non caret; nam si diversae partes liquidae iterum separari et in principia redigi queant, ut si plumbum cum argento mistum sit, dominia manent distincta. *d. l.* 5. §. 1. *vers. sed. si* Idem est in aere et argento. *l.* 12. §. 1. *de A. R. D.* Sed aes et aurum separari non posse, ait Ulp. *d. l.* 5. §. 1. dominiumque ideo communicari. Hodie quidem aurum ab aere separant artifices, sed hoc fieri cum interitu aeris ait Giph. *hic* per exhalationem scil. adeoque idem manet juris, ac si non posset deduci; quia singulis suum redhiberi nequit. Dein, non omnia arida commode et civiliter separationem recipiunt; pecudes sane, quod exemplum est in §. 28. libri quoque et similia facile atque recte; calx, arena, frumentum non aeque, ut res et usus probat; ideo tunc non multo diversus habetur exitus, quam si liquida sint; etsi enim subtiliter dominii jus idem maneat, ideoque singulis in rem actio pro sua parte competere dicatur, tamen neuter potest designare sua corpora, quod alioqui in vindicatione requiritur, *l.* 6. *pr. d. t.* sed quantitatem duntaxat, neque singuli sua grana, sed totius massae partem pro rata recuperant. Judex autem de bonitate cujusque partis arbitrabitur et eum, cujus frumentum deterius fuit, in pecuniam alteri condemnabit. *d.* 28. *in fin.* Atqui idem fieri debet vino oleoque duorum confuso, *l.* 3. *de R. V.* ut adeo non tam effectus, quam genus actionum discrepet; de aridis enim rei vindicatione; de liquidis communi dividundo agetur. *l.* 3. §. *ult. l.* 5. *pr. eod. tit.* Jam de nummis certum est, eos distinctis manere corporibus et durare in substantia sua magis conspicue, quam frumentum; et tamen de his scriptum est, eorum mutari dominium, si aliis ita misti sint ut discerni nequeant, in *l.* 78. *de solut.* (16)

S C H O L I U M.

Nummi non fiunt communes, sed dominium saltem mutatur, ita ut transeant plane ad alterum. l. 78.

R E S P O N S I O.

Ita quidem fert species d. l. 78. *nummos alienos ad accipientem transire, si discerni non possint; nempe quando hoc agitur, ut unus omnes habeat; inde vero manifestum est, pro parte dominium transire, si hoc agatur, ut massa duorum communis sit.*

N. A D D I T.

Initio notandum, vim Scholii fortiorem esse, si respiciantur verba positionum, quam verba hic posita. In positionibus dixerat Autor: Duorum farinae commixtae non minus fiunt communes, quam vina duorum: imo et nummi ejusdem characteris. *Hic adjeceram istud Scholium. Deinde falsum est, quod Autor dicit, in l.* 78. hoc agi, *ut unus omnes nummos habeat, quia lex loquitur de nummis invito domino solutis. Et frigidum est, quod Autor in fine addit manifestum esse exinde, pro parte dominium transire, si hoc agatur* (*scil. a duobus dominis*) *ut massa duorum communis sit, quasi de hoc casu* (*et non potius de communione invito domino alterutro, vel utroque*) *esset quaestio: Quasi de hac quaestione quisquam, nisi Domitius dubitare possit, ut opus sit eam ex* d. l. 78. *manifestam reddere.*

Unde consequi videtur, *in reliquis etiam quibuscumque rebus ita mixtis, ut civilem commodamque separationem non recipiunt, communionem introduci*; cum quod designari nequit, vindicari quoque non possit. *d. l.* 6. *pr. de R. V.* Nec inter confusionem liquidorum et mixtionem aridorum, quale frumentum, quod granatim secerni nequit, discrimen solidum liquet. Utrobique enim non potest dari is exitus, ut cuique sua corpora reddantur; adeoque me partem tui et te partem mei habere oportet, quae est vera communio. Crassius quidem frumentum est, quam particulae vini, sed ad hanc rem sufficit illud aeque ex usu hominum inseparabile esse, quam hoc; et quid si comminutum sit ad farinam? Etiam haec arida est; ideoque mea et tua mixta casu farina non fiet communis? Cum tamen ipsa necessitas communionem ingerat. Sane etiam in vino et melle

(16) *Confer hic Vinnium ad* §. 28. h. t. n. 2.

particulae minimae non penetrant se mutuo, sed aeque distinctae manent ac in farina; ut adeo nec naturale nec civile discrimen hactenus satis constet. Donellus 4. *comm.* 22. in specie *d. l.* 78. nummos vult datos ex justa causa; nec aliter Commixtionem omnino transferre dominium invicem. Sed neque ex *l.* 78. id apparet, nec justus titulus pro causa dominii in confusione habendus est, verum necessitas, quae sublata separatione, alium quam communionis exitum non praebet.

DE FRUCTUUM PERCEPTIONE.

35. (l) Fructus esse accessiones fundorum, ex §. 32. et *alias* intellectum, rebusque eos acceptos ferri, constat ex *l.* 18. §. 2. *ad SC. Treboll.* Hinc eorum perceptio a plerisque inter Accessionis species recensetur. (17) Sed minus recte: nam fructus sunt accessiones fundi respectu ad dominum soli habito *l.* 29. §. 1. *de Usur.* At in §. 35. *h. t.* docetur, quomodo ex fundo alieno adquirantur. Si accessionis tantum vis spectaretur, fructus a bonae fidei possessore percepti non ipsi, quod hic traditur, sed ei, cujus res principalis est, domino soli, inquam, cederent; Imp. heic expresso non per Accessionem, sed ob curam et culturam, fructus adquiri testatur. Ideoque novam hic et diversam adquisitionis causam speciemque tradi, manifesto liquet. Summa fructuum divisio est in Naturales et Civiles. Illi, qui natura proveniunt, hi, qui jure percipiuntur. *l.* 62. *de R. V.* Naturales iterum vel sunt tales in specie, vel industriales, qui *curantur*, ut ait *l.* 7. §. 9. *Sol. matrim.* Utrosque Natura producit, sed priores sponte fere absque opera et impendio, ut poma, nuces, pyra, glandes, ligna, gramen etc. Hi non sine cura cultuque multo, ut vinum, oleum, frumentum aliaque sata, *l.* 45. *de usur.* item lac, pilus, lana foetusque pecudum, ut agni, hoedi, vituli, equuli, fuculi, *l.* 28. *eod.* §. 37. *h.*

S c h o l i u m.

Hos potius malo ad fructus naturales referre cum Strauchio XIII. 6. et aliis; imo et lac, lanam, pilos; contra quam Autor hic.

R e s p o n s i o.

Haud ita sentient, qui praecipuam multis locis industriae ruralis partem in re pecuaria consistere norunt. Mihi sic videtur; fructus mere naturales apud nos haberi paucissimos, ne foenum quidem in horrea convectum.

N. A d d i t.

Ita est: Fructus mere naturales dantur paucissimi, nisi forte fructus sylvestres. Ergo dum fructus dividuntur in naturales et industriales, id non est explicandum in mere naturales et mere industriales. Nam, uti ipso Autore fatente industriales etiam producuntur a natura, ita naturales non excludunt industriam. Hinc a potiori fit denominatio, ubi impensae in curam multae sunt, ibi industriales vocantur, ubi paucae, ibi dicuntur naturales.

Neque enim sine labore sumptuque magno hae res utilitatem praestant. Civiles sunt, qui non immediate ex ipsa re, vel industria possessorum; sed instituto artificioque hominum proveniunt, ut sunt usurae, pensiones, mercedes, vecturae similesque reditus, *l.* 27. §. 1. *l.* 29. *de hered. petit.* Praeterea dividuntur fructus in exstantes et consumptos. Illi, pendentes vel percepti. Pendentes, qui adhuc haerent in solo. *l.* 27. *pr. de usufr.* Percepti, qui a solo separati sunt. *l.* 78. *de R. V.* Fiunt autem fructus bonae fidei possessoris, *naturali ratione, pro cultura et cura*, ait Imperator *d.* §. 35.

S c h o l i u m.

Imo potius per factum perceptionis, d. §. 35.

R e s p o n s i o.

Justiniani verba sunt haec; *Naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Hinc tu non falleris, si dicas, ut in positione* 89. *scriptum est, causam adquirendi fructus esse factum curae et culturae atque perceptionis.*

N. A d d i t.

Imo falleris. Nam illud pro cultura et cura *non denotat*, prout *coluit et curavit*, *sed* in solatium *culturae, et curae. Ergo cultura et cura non est causa remota adquisitionis, et ne quidem titulus, sed saltem occasio.*

Alii, quos inter Bachovius et Vinnius *hic*, negant, causam eam esse praecipuam, sed ejus

(l) *Pos.* 89. *et seqq.*

(17) *Et recte: licet enim B. F. P. rei veritate inspecta Dominus non sit, tamen, quamdiu verus dominus non adparet juris interpretatione pro domino habetur, propter bonam fidem* l. 25. §. 1. *de usur.*, l. 48. de A. R. D. l. 136. de R. J.

loco *bonam fidem* substituunt, quae possessorem quasi dominum faciat. (18) Mihi Caesaris ratio non tantum autoritate potior; sed et solidior in se esse videtur. Nam bona fides absolvit quidem non dominum a delicto, sed non a restitutione, et causam dominii minime praestat, absurdum enim foret, opinionem alterius meum jus minuere, vel mutare; Causa fructuum adquirendorum, est *factum* aliquod possessoris, ut est in fine *l.* 45. *de usur.* Requisitum quidem bona fides est et conditio *sine qua non*, ut loquimur, *l.* 25. §. 1. *de usur. l.* 48. *de A. R. D.* sed causam positivam oportet aliam esse, quae ex jure Naturae petenda, quod pro fundamento hujus rei imperator supponit. Hoc autem dictat, ait Grotius *l. 2. cap.* 10. §. 4. *Fructus rei*, id est mere naturales, *rei dominum sequi.* Verum *industriae fructus, etiamsi sine re non procederent, rei domino tamen non debentur*, inquit, *sed possessori bonam fidem habenti cedunt*; de quo mox clarius. Igitur quibus neque satio, neque curatio, nec perceptio artificialis adhibetur, hos ex naturali ratione non fieri possessoris necessario sequitur; Et cum jus civile hac ratione se fundet, consentaneum est, fructus naturales non fieri B. F. possessoris: (19) quin ita diserte id scriptum est in *l.* 45. *de usur.* ubi quod de marito erat dictum, eum ex re ab uxore donata non adquirere fructus, nisi quos operis suis quaesierit, generali ratione firmatur; *sicut nec cujuslibet b. f. possessoris.* Quae verba non particularem, sed universalem negationem inferre, ex curso textuque orationis aperte, ni fallor, liquet. Volunt alii hoc de possessore sine titulo vel cum titulo lucrativo accipiendum; atqui prima quaestio est quidem de tali, sed ratio generalis est, alioqui principium peteret: tum quod in *fine legis* subjicitur, *quia non ex facto nascuntur*, omni non domino convenit, seu titulum habenti, sive non, lucrativum aut onerosum. (20) Secundum haec, quod habetur in *l.* 48. *pr. de A. R. D.* Emptorem b. f. *suos facere fructus non tantum eos, qui diligentia et opera ejus provenerunt, sed omnes*, id sic capiendum erit cum *gl. et Dd.* ut vox *omnes* respondeat particulae *Ejus*; suos facit fructus non tantum ab ipso, sed et quolibet alio satos, se ita *omnes*, ut docet *l.* 25. §. 1. *de usur.* Neque refellitur hac ratione subjecta, quia b. f. possessor *quod ad fructus attinet, loco domini pene est.* Nam vox *pene* satis restringit possessorem. Imo eadem ratio, sine particula *pene* est in *d. l.* 25. §. 1. nec ibi tamen sensum priorem impedit. Cura et cultura facit, ut loco domini sit, ubi nempe *cura et cultura* intervenit; neque enim ultra terminos habiles extendi hoc argumentum debet. Haec responsio ad *d. l.* 48. illustratur collatione §. *ultimi ejusdem legis*; ubi foetus ovium b. f. possessori cedere dicuntur, etiamsi praegnantes venierint, et lac, etsi plenis uberibus: nam impletio uteri et uberum facta duo res adhuc erat apud alium, similis plane sementi frugum, ab aliis in agro factae, esse videtur.

Qui dissentiunt, negant rationem Justiniani *pro cultura et cura*, oppositionem inter fructus naturales et industriales inferre, *quia vix ulla res est*, ait Vinnius. *quae sine cultura aut cura aliqua fructum ferat*; quod quid aliud est, quam totam negare distinctionem inter fructus, quos sola natura, et quos industria producit? Praeterea ponit Vinnius, foenum et oleam esse fructus manifeste naturales, quia Plinius *l.* 15. *c.* 1. ex Virgilio 2. *Georg.* testatur, *non desiderare oleam rastros aut falcem ullamve curam*; idemque de foeno in confesso putat: atqui oleas et foenum b. f. possessoris fieri, probat ex *l.* 13. *quib. mod. ususfr. amit. l.* 78 *de R. V.* De foeno respondere nihil haereo, id potius industriale videri non multo minus quam frumentum, utpote qui fere tantundem operae curaeque, ut in hyemem duret, omni die impendi cernimus. Gramen quidem naturale merum est, sed aliter cum foeno se rem habere nemo ignorat. Similiter olea dum nascitur, exiguam postulat culturam; *Veruntamen et tondentur*, ait Plinius *d. c.* 1. *sicut et vites, atque etiam interradi gaudent.* Praeterea quoniam quaestio de lucro non habet usum, nisi post consumptionem, hic natura fructuum in hac disputatione magis ex aptitudine ad consumptionem, quam initio perceptionis spectatur. Ligna, poma, pyra, glandes, caeteraque naturalia nihil novae curae post perceptionem, ut consumantur, requirunt; sed oleae non habentur, nisi ut oleum inde fiat, quod plus artis quam vinum postulare, in *loco citato* Plinius autor est. Ideoque vel tondendi radendique dum nascitur, vel hujus curae subsequentis

(18) *Rationem pro cultura et cura ab Imperatore allegatam egregie explicat V. C. Ger. Noodt Prob.* lib. 2. cap. 7. *docens Caesaris rationem non factum significare, sed* jus *culturae et curae.*

(19) *Sed potius dicendum etiam fructus naturales fieri B. F. possessoris, uti Vinnius ad hunc locum et select. quaest.* lib. 1. cap. 25. *sentit., quem vide. Cui adde Hein. in not. ad Vinn. et Ger. Noodt probab.* lib. 2. cap. 7.

(20) *Sed rationem illam* l. 45. *de usur.* quia non ex facto ejus is fructus nascitur *ultra decisionem ejus extendere minus tutum est. Confer rursus Hein. in notis ad Vinn.* h. t. n. 8. *Caeteris objectionibus, quas movet Auctor, abunde a Vinnio aliisque satisfactum est.*

respectu oleum pro fructu iodustrisli s JCtis haberi semperque cum vino so frumento recenseri videmus. Teoesmus igitur, Naturales fructus non cedere lucro possessoris, sed industriales, quibus oiviles qui dicuntur, comparandi videntur, *l.* 27. §. 1. *l.* 29. *do her. pet. l.* 34. *de usur.* neqoe enim domini interest per se b. f. possessor, so per alium exerceat agrum, fructus colligat, an colligendos locet. Dissentiont Bachovius et Vionius aliique *hie.* Dissentit etiam Scholiastes noster ad *posit.* 95. sed nihil profert, quod aliis respondendi rationibus, quam heic suot collocstse, sit excipiendum.

N. Addit.

Apponamus tamen Scholium. Dixeram: *Imo et naturales* (*fruetus adquirantur b. f. possessori*) *por ea, quae habont Struv. XI.* 2t. ibique in resolut. *Frantzk.* ad tit. de R. V. n. 48. 49. Conf. *Strauch.* XVIII. 7. et 10. ibique notata, p. 201. *ex quibus faeilo responderi patest ad ea, quae Autor a praelectionibus dubia movet. IIoe verum est, nihil hie diserte proponi contra Autorem, quod novam ejus responsionem mereatur. Interim Autoros eitati multa talia proponent, qui adeo non fuore occultandi. Et cogita saltem rem ipsam ejusque naturam. B. f. possessor, ajunt dissentientes, non adquirit fruetus naturalos. Bene, quis ergo adquirit? Si dieas, nemo, sed esso nullius et eedero oeeupanti, habobunt omnes, quod rideant. Multo magis autem si dieas furom et malae fidei possossorem. Quod si vero urgoas sententiam hane, quod b. f. possessor non adquirat fructus naturales, respicero dominum, quod nempe huic eos restituero debeat b. f. possessor, frigida erit observatio, quia et industriales, quos tamen adquirit, restituero dobet, si extent. Et ipse Autor jam fatetur, disputationem suam non habere magnum usum intuitu ipsius negotii et praxeos, sod saltom in explicatione legum Jam vero ulterius quaero, an non illa interpretatio legum in dubia majorem plausum mereatur, quae leges explicat secundum naturam negotii, quam quae contra?*

At vero fatendum est, quaestionis bujus usnm esse majorem in explicandis legibus, quam in usu negotii; vix eoim est, ut in foro illi fructus adquisitiooi b. f. possessoris subdncantur; ut videre licet apud Sandium 3. 15. 1. quo facit, quod supra diximus, esse perpaucos, ut apud nos est agricultura et res rustica, fructus mere naturales.

Sic igitur se habet ratio naturalis. Cura et cultura, cui bona fides adest, possessori jus in fructus naturales tribuit, operae praetio teous. Perceptio hoo addit, ut iotuitu omnium non Dominorum pro domino habeatur, *l.* 28. *pr. de usur. l.* 78. *pr. de R. V. et* §. 35. *h. t.* et verus dominus, dum latet, pro eo qui noo sit, habetur: mox consumptione secuta, cum ipsa re dominium ejus plane perit, ot sio b. f. possessor, cujus dominium respectu illius revocabile erat, dicitur plenissime fructus adqnisivisse, atque tuoc initio inspecto, cura et cultura, ut causa adquisitionis prima memoratur, *l.* 40. *in fin. do A. R. D. l.* 4. §. 2. *Fin. regund.* Quod si dominus fundi, extantibus adhuo fructibus, superveniat, evanescit dominium b. f. possessoris; et in repetitionem sumptuum oc operarum convertitur, ipsoque fructus adhuo extantes domino restituere debet, *l.* 22. *C. do R. V.* Consumptio non auget jus ejus, nec lucri causam addit: impossibile enim est, ut consumere quis possit rem alienam, ideo, quia consumit; sed an jure consumat, hoc ex causa praecedente pendet, Ideoque ratio non fert, ut consumptio novi juris sit causa, sed ut effectom duntaxat considerari potest. Tollit quidem dominium prius, sed non parit novum, quia rem facit non esse, cujus nulla affectio est. Unde ἐμφατικῶς Imp. io *d.* §. 35. de consumptis fructibus *agi non posse* affirmat; plenius hac de re disserui- mus in *lib.* 4. *Digross. cap.* 23. B. F. possessor igitur extantes fructus reddit, servato quicqoid sua interest, qund consumpsit, reddi oequit, nec tenetur ad pretium si id quoque sine fraude ejus perierit, quia hoo ipsius foret damnum; at qund superest pretium, de eo tenetur, retento quod sua intersit, quia si totum retineret, id domini detrimentum esset. Idque adeo teoemus, b. f. Possessorem, quateous ex coosumptis fructibus locupletior est factus, teneri ad restitutionem, quia quod ex re habet, et quod beat Ipsom, id ex re et superesse videtur, nec aliter Grotius *lib.* 2. c. 10. §. 5. Idem Jure Romano de hereditatis petitiooe clare proditum est, possessorem b. f. teneri de consumptis fructibus, in quantum locupletior est, *l.* 25. §. 11. *l.* 28. *do hered. pet. l.* 1. *C. eod.* Cur in vindicatione rerum singularium aliud statuendum sit, oulla satis gravis ratio appsret, neque auctores pro oegativa plures sunt, quam affirmante sententia, ut videre licet apud Sandium *lib.* 3. *tit.* 15. *def.* 1. Eamdem esse rationem in hereditatis petitione et in Rei vindicatione, liquet primo ex generali ratione, quia *hoe natura aequum est, neminom eum alterius dotrimento fieri locupletiorem*, *l.* 14. *do cond. indeb.* quam doli speciem esse, docet *l.* 17. §. *pen. de Inst. act.* Id autem hic fieret, si possessor domino, qui re sua tamdiu caruit, oegaret, quod ex bonis ejus redactum superest, si quidem plus

sit penes ipsum, quam alioqui consumptum fuisset. Idem probatur ex *l.* 23. *de reb. cred.* Qui locupletior est, is Re obligari videtur, unde etiam pupillus tenetur, cujus maximus alioqui favor est, ut dix *supra de auctorit. tut. in princ.* adde *l.* 8. *C. de donat. int. V. et Ux.* et §. 2. *Inst. de off. jud.* ubi Imp. *et si hereditas petita sit*, ait, *eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire de singularum rerum petitione.* Opponuntur *l.* 40. *in f. de A. R. D. l.* 4. §. 2. *Fin. regund. l.* 22. *C. de R. V. l.* 4. §. 19. *d. usucap. l.* 25. §. 11. *de hered. pet. l.* 70. §. *ult. cum ll. seqq. de Leg.* 2. juncta *l.* 6 *C. de R. V. l.* 21. *de hered. vel act. vend.* et quae praeterea habent Vinnius *hic* et D. Tim. Faber. *disp.* 14. *th.* 7. quibus omnibus diluendis haec thesis non sufficiat; videbimus *alibi*, *in lib.* 6. *Digress.* Dissentit etiam Scholiastes noster (21) ad *posit.* 97. absque rationibus propriis.

N. Addit.

Sufficit, quod citaverim Struvium XI. 23. et ibi resolut. *ex quo facile satisfiet Autori. Saltem potissimam ejus rationem destruimus: Scilicet, eamdem esse rationem hereditatis petitionis et rei vindicationis, negamus. Cur in hereditatis petitione fructus consumpti computentur, ex quibus b. f. possessor est locupletior, (v. g. si vendidit) ex eo est, quod in hereditatis petitione, etiam intuitu omnium rerum hereditariarum, pecunia succedat in locum rei, quod secus est in rei vindicatione.*

Interim verum est, ejusmodi computationes, an b. f. possessor sit locupletior nec ne, reddere lites intricatas. Unde hodierna praxis haud inutiliter recepit, ut fructuum ante initium litis perceptorum restitutio non exigatur, *licet extent*, ait D. Vinnius ad *hunc* §. *n.* 11. quanquam Sandius *lib.* 3. *tit.* 15. *defin.* 1. *sub fin.* autoresque ab eo citati, consumptorum duntaxat meminerunt, et duriusculum videatur, repetitionem extantium, qui vindicari possunt, negare Domino.

Scholium.

In foro Saxonico * *bonae fidei possessor fructus consumptos, ex quibus locupletior est factus, restituit.* Hartm. Pistor. l. 4. qu. 25. 26. Carpz. III. 32. def. 28. 29. Philip II. Ecl. 15.

N. Addit.

Ita quidem tum scripseram, secutus communem errorem, dum ea, quae deprehenduntur in libris JCtorum Saxonicorum, putant etiam obtinere in foro Saxonico, cum tamen JCti Saxonici multa disputent theoretice, quae nullum usum habet in praxi. Adducit quidem Carpzovius d. def. 28. *sententias Scabinorum. Sed vereor, ut ibi per vocem* erubrigte Fruchte *intelligantur fructus consumpti, in quibus quis locupletior est factus, ut quidem Carpzovius explicat. Mihi potius videntur intelligendi extantes. Nam* erubrigte Fruchte *sunt* die noch übrig sind, *qui adhuc extant. Imo et de his vix casus est dabilis, ut in praxi magnus talium sententiarum usus sit, quia in foro Saxonico fructus tanquam res mobiles anno praescribuntur.* Vide *Hartm. Pist.* d. q. 26. in fine. *Carpz.* d. def. 29.

Id Juris communis rationi consentaneum est, b. f. possessorem ad extantes fructus, quos per triennium possedit, utpote usucaptos, restituendos non teneri, *l.* 4. §. 5. *ibique gl. de usucap.* Sed eum impensis, quas praetendit, compensari debere et hos et consumptos, dictum *supra*; probaturque a Sandio contra Ant. Fabrum et Collegas suos. *d. tit.* 15. *def.* 2. Malae fidei possessor nullos omnino fructus lucratur, non perceptio, non consumptio eum a delicto absolvit, ideoque omnes restituere vel ipsos, vel aestimationem cogitur. *d.* §. 35. *in f. d. l.* 22. *C. de R. V.* Imo de his etiam, quos percipere honeste potuisset, sed neglexit, convenitur. *l.* 33. *de R. V. l.* 5. *C. eod.* quia non tam quid ipse perceperit, quam quid dominus fuisset percepturus, spectatur *l.* 62. §. 1. *de R. V.* Omnes autem bonae f. possessores incipiunt esse m. fidei, cum amittunt bonam, id est, ubi scire coeperunt rem esse alienam. *l.* 23. §. 1. *de A. R. D.* Quia autem lite mota, multo magis utrinque contestata, rei alienae conscientia inducitur; ideo interrumpitur adquisitio fructuum post litem contestatam *l.* 22. *C. de R. V. l.* 4. §. *Fin. reg.* imo post motam controversiam, *l.* 25. §. 7. *de hered. pet.* quibus contraria videtur *l.* 25. §. *ult. de usur.* ad quam alibi respondemus *ad tit. ff. de Hered. pet. Pos.* 15. *et seqq.*

(21) *Et recte, quocum confer Vinn.* hic et select. quaest. lib. 1. cap. 26.

* Usu Saxon. bonae fidei possessorem ex fructibus consumptis teneri, quatenus factus est locupletior, docent Hopp. *ad* §. 35. *I. h. Us. hod.* Carpzov. *p.* 3. *C.* 32. *d.* 18. Nec obstat, quod fructus a fundo separati tanquam res mobiles, Jure Saxon. anno, 6. septimanis et 3. diebus usucapiantur, ut recte sentit Hartm. Pistor. *l.* 4. *qu.* 26. *n.* 20. *sq.* Heig. *p.* 1. *qu.* 16. *n.* 34. *j.* Balbum *de Praesc. p.* 4. *qu.* 35. *n.* 1. licet dissent. Jacob Schultes. *qu.* 35. potest enim contingere, ut de consumptis b. f., sed nondum usucaptis fructibus, lis possessori moveatur.

36. (m) Quemadmodum b. f. possessores, ita et usufructuarii fructus adquirunt percipiendo, * quippe cum usufructus nihil sit aliud, quam jus percipiendi emolumentum ex re aliena, ut in loco videbimus. Non tamen ita simile jus eorum est, ut non aliquae sint differentiae. Nam primo b. f. possessor perceptione fructuum defungitur, cum a solo sunt separati duntaxat, ut *supra* diximus. Fructuarius perceptionem absolvisse non censetur, nisi postquam fructus plene collegerit, ut discimus ex Juliano in *l.* 25. §. 1. *de usur.* quem in eamdem sententiam citat Paulus *in fine l.* 13. *ff. Quib. ususfr. amit.* qui tamen ipse *initio Legis* aliter disserere videtur, quod per ultima verba sine dubio corrigitur. Notandum autem in locis *citatis*, perceptionem plenam et collectionem fructuum, vocari per excellentiam, vel respectu fructuarii, *perceptionem*, ne quis putet, separationem a solo non esse pro *perceptione* in b. f. possessore habendam. §. 36. *h. t.* Alterum discrimen est, quod b. f. possessore, fructibus nondum perceptis, moriente, nihil obstet, quo minus heres in titulum ejus et jus, apprehensa possessione, succedat, fructusque a defuncto satos percipiat; sed mortuo ante perceptionem fructuario, cum jus ejus mere sit personale, nec ad heredem transeat, §. 3. *I. de usufr.* deficit causa, per quam heres fructus a defuncto satos percipere possit, ideoque dominus proprietatis eos percipit et adquirit, refuso heredi operae atque impensarum pretio, juxta ea, quae *supra* intelleximus. Ante perceptionem igitur melior est b. f. possessoris conditio; sed ubi fructus semel percepti fuerint, adquisitio fructuarii multo, quam illius efficacior atque utilior est. Nam possessor etiam tertius naturales omnes, item industriales, si adhuc extent, domino evincenti, ut audivimus, restituere debet; Fructuarius absolute et irrevocabiliter eos adquirit, quia non per errorem et ignorationem domini, ut possessor, sed vi juris expresse in re constituti, fundum exercet omnique emolumento fruitur *l.* 7. *de usufr.* Atque *eadem fere de colono dicuntur*, ait Imp. *d.* §. 36. *in fin.* Nam ut fructuarius non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse, vel aliquis nomine *ipsius* eos perceperit, *hoc* §. 36. *pr. d. l.* 13. *quib. mod. usufr. amit.* ita nec Colonus. Unde si fur messem sustulerit, colonus nec vindicationem, nec condictionem furtivam quae datur domino, habet, sed tantum ex conducto Dominum, ut eos repetat sibique restituat, compellere potest, *l.* 60. §. 5. *Locati.* plane furti actionem, quae non jure dominii, sed ejus quod interest competit, tam fructuario quam colono dari, patet ex *l.* 12. §. *ult. de usufr. l.* 26. §. 1. *de furt.* Sed quid sibi vult particula *fere* in *f. d.* §. 36.? Illa παρέλκεται, abundat, superflua est, ait Theoph. quod de modo quidem et momento adquisitionis verum, quia neuter fit dominus, nisi perceperint; sed non de omnibus, quae traduntur in hoc §. Nam in transmissione juris percipiendi, differt a fructuario colonus, quoniam hic licet pendentibus adhuc fructibus sit mortuus, tamen suum jus ipsosque fructus ad heredem transmittit: quia locatio conductio morte non finitur, quemadmodum ususfructus, §. *ult. I. de locat. cond.* Hinc, moriente usufructuario, quia dominium fundi plenum confestim pertinet ad proprietarium, fructus in eo stantes tanquam pars fundi, continuo ipsi cedunt, heres autem quia usumfructum non habet, percipiendi quoque jure statim destituitur, salva ipsi repetitione impensarum procul omni dubio. Sic etiam fundo vendito, fructus pendentes ad emptorem pertinent, qui tamen impensas simul emisse censetur. *l.* 13. §. 10. *de act. empt.* Quod si fructuarius fundum locaverit, an perinde heredi ejus pensiones cedent vi contractus, quam venditori ejusve heredi, *d. l.* 13. §. 11? Utique pro rata temporis, quo fruitus est, *l.* 9. §. 1. *Locati.* sed ultra mortem fructuarii conductio vim nullam habere potest *l.* 9. §. 1. *loc. cond.*

Genera fructuum, de quibus agitur *in* §. 37. initio hujus disputationis satis sunt explicata. Id singulare hoc loco adspergitur; non placuisse, partum ancillae fructuario, ut foetus pecudum adquiri, quia absurdum videtur hominem in fructu hominis esse. Veterem eam controversiam esse, Ulpianus testatur in *l.* 68. *de usufr.* Marcum Brutum circa eam dissensisse a Manilio et Scaevola, scribit Cicero 1. *de Fin.* Sed negantium sententia praevaluit, ob praestantiam conditionis humanae, cum hominis gratis omnes fructus natura produxerit. Ἀναγκαῖον, inquit Aristot 1. *polit.* τῶν ἀνθρώπων ἕνεκεν αὐτὰ πάντα πεποιηκέναι τὴν φύσιν *Necessario naturam*

(m) *Pos.* 100.

* Jura vero nostro in fructibus industrialibus non tam ad perceptionem, quam ad semen, culturam et auram respicimus. Hinc quando semen rastro subactum, Usufructuarii heredibus fructus debentur, v. *L. R.* 3. *art.* 76. *P.* 3. *C. El.* 32. Carpzov. *def.* 1. et 5. Struv. *Jurispr. For. L.* 2. *T.* 8. §. 8, Richter. *Dec.* 56. *n.* 5. In Vineis respici solet ad diem Urbani. Carpz. *l. c. D.* 8. *j.* Coler. *p.* 2. *C.* 3. n. 303. *sq.* In fructibus autem mere naturalibus Jus Saxon. J. Civilis dispositionem sequitur, adeoque fructus nondum perceptos non usufructuarii heredibus, sed proprietario vindicat. *d. C.* 32. ibique Carpzov. *def.* 23. *seq.*

cuncta in hominum fecisse gratium; rationem reddit, quia natura oihil facit frustra, *μηδὲν μήτε ἀτελὲς ποιεῖν μήτε μάτην*. Proinde cum homine nihil sit dignius in mondo, consequeos esse, omoia propter hominem creata videri. Caeterum de sententia paragraphi 38. ubi de gregis usufructu, quoniam alieoa ab hac materia est, atqoe ut Cujacius loqui amat, fugitiva, supersedebo, donee ad titulum de usufructu sit perventum. Et de thesauri inventione ejusque adquisitiono jam dictum est §. 22. Quare nuno ad § 40. transeamus.

37. Habuimus adquisitiooes, quibus dominium nobis sioe facto alterius tribuitur; Sequitur nunc species, in qua duorom affectus et effectus, trauaferentis rem et accipientis concorrit, Traditio. Quae postremus aut creberrimus Dominii jure Gentium adquirendi modus eelebratur; per hanc *Jure Naturali res nobis adquiruntur*, oit Justiniaous in §. 40. *h. t.* Sed ratio, quam subjicit, *nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatom domini volentis rem suam in alium transferri ratam haberi*, (Accursius scrupulum injieit lepidom, et valde ad rem; *Imo*, ioquit *Deo servire est convenientius*) haee, ioquam, ratio parum abest sane, quin confirmet, quod Autor eertissimae philosophiae Grotios docet *lib.* 2. *de J. B. et P. c.* 6. *pr. et* §. 1. *item cap.* 8. §. 25. *nec non Jur. Holl.* 2. *cap.* 5. oaturaliter; id est, ex simplici dietamioe rationis, supposita propagatiooe domioiorum, sufficere ad alieoationem domioii, declarationem perspicoam domioi de ro sua in alium transfereoda, sivo ut Imp. *voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferri*. Porro Grotius; *Ut vero Traditio etiam requiratur, ex lege est civili*, inquit, *quae quia a multis gentibus recepta est, jus gentium improprio dicitur*. D. Wisseobachius *disp.* 1. *do mut. t. h.* 4. notat Grotium, quod traditionem vocet *Commentum* Joris Civilis, *l.* 2. *c.* 12. *n.* 15. et quidem *parum civilitor*; Aliaque addit, ex quibus potasse videtur, id io contemptum Juris Romani a Grotio dictum, quo nihil magis ille procul habet, imo io *objecto loco*, de traditione οὐδεὶς λόγος habetur, sed de aliis eirca venditionem siogularibus, nee usquam de traditione *commenti* vocabulo, quod sciam, utitur, otsi hoc positum quoque nihil gravius significaret. Quae D. Vinoius et alii in cootrarium disputant, alibi refellimus.

(o) Sed quid est Traditio? Theophilo definitur, ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, *de manu in manum translatio*; oimis tropice, cum rebus immobilibus, quarum est vera quoque traditio, proprie utique noo cooveoiat. Hic consideratur taoquam modus adquirendi dominii, Itaque potest defioiri; *Translatio rei corporalis, facta* idoneo titulo, per eum *qui jus et animum alienandi habet*. Primo enim requiritur ut res quae traduntur siot corporales, quia traditio noo fit aliter, quam applicatione corporis ad corpus; uode rerum incorporalium noo oisi impropriam esse traditionem, mox videbimus Seiendum quoquo II. rem debere talem esse, quae sit in commereio; oon sacra, religiosa, publica, vel similis, *de quibus alibi*. Praoterea III. tradens debet habere jus alienandi. Nam si dominus oon sit, aut domious quidem, sed administrandi expers, *qua de ro suo loco*, traditio ejus domioiom haudquaquam tribuit. Sic etiam si jus alienandi habeat, nisi tamen IV. animus domioii transferendi adsit, oihil haetenus agitur: nam traditiooes quae in commodato. pignore, deposito similibusque eausis intercedunt, nihil ad haoe rem pertineot. Praeterea V. requirit Imp. in *d.* §. 40. ut causa sive titulus ad dominium comparaodum habilis praecodat, quales hie numeraotur donatio, dotis datio, venditio; praeter quas sunt et aliae; ut permutatio, mutuum, stipulatio, transaetio, in solutum datio, legatum etc.

S c h o l i u m.

Adderem et hoc requisitum, ut adsit accipientis voluntas et consensus, *Strauch.* VI. 38. *Imo et ejusdem habilitas, hoc est, ut ipse quoque rem in commercio haboat. Nam requisita, quae Autor recensot, id efficiunt saltem, ut dominium a me abeat, non autem ut in alterum transeat.*

R e s p o n s i o.

Jam antea dictum est, in omni adquisitiono supponi ut nocessarium, Adquirentem dominium osso praoditum animo et jure sibi adquirendi, ut hoc identidem in singulis adquirendi modis inculcare, visum sit supervacuum.

N. A d d i t.

Ergo pax est inter nos, si modo addas, superflua non nocere.

Post defioitionem occurrit memorabilis quaestio; ao et quomodo ad traosferendom traditiooe domioium, requiratur *vacua* rei possessio. Donellus eoim secutus aotiquos Dd. 4. *comm.* 19. statuit, sufficere factum traditionis nudum, quaodo Domious corporalem rei apprehensiooem alteri, io quem jus suum traosferre volt, simpliciter praestat, etsi alius animo rem absens possideat. At receotiores plerique banc seoteotiam repudiaot, neque aliter res traditione nostras fieri

(o) *Pos.* 101. *et seqq.*

voluit, quam translatione vacuae possessionis, hoc est, ita liberae, ut res a tertio non possideatur. D. Vinnius *l.* 1. *partit. c.* 20. autorem suum Donellum secutus, postea recantat, et contra eum ex professo disputat in *Comm. ad hunc.* §. Nobis ea, quam *Doctores* et Donellus tuentur, magis arridet opinio: hac imprimis ratione, quia naturaliter certum est, ad transferendum dominium sufficere declarationem Alienantis, ut modo abunde probatum. Jus Civile, en Gentium, ad majorem certitudinem, novum actum continuatae voluntatis et executionem ejus requirit, non alio fine, quam ut perseveratio in priore consensu clarius liqueat. Jam si actus ille ad hoc significandum satis sit efficax, rationi juris positivi satisfactum est: Traditionem eam esse omnino oportet; at si talis sit ut dominus rem, quam addixerat alteri, apprehendendam ei praebeat, non potest dubitari, quin is actus satis sit perspicuus ad constantiam voluntatis ostendendam. Quod si nunc apud alium nihil sit juris, quo tradens impediatur liberum exercere dominii arbitrium, quid vetat transire dominium? Alius absens possessionem habet? Nihil obstat, neque enim hic de possessione, quae ad ipsum, sed de dominio agitur; cujus effectus, qui juris est, nullo modo impediri a possessione potest, quae facti esse et cum dominio nihil commune habere dicitur *l.* 12. §. 1. *de Adquir. vel amit. poss.* Dominus tradens rem, absente possessore, nihil juri ipsius praejudicat, Interdictis experiatur. Quid causae est, cur possessor domino plus praejudicii ferat, quo minus jus suum alienet, quam hic illi? Possunt pariter consistere possessio in eodem loco, et mutatio dominorum. Et quid? An rem e fure detentam domino vendere non licebit et tradere, si copia detur? An furis possessio domini jus implicabit? Id quidem oporteret, si absque vacua possessione dominium transire non posset: sed aliter docet *l.* 10. §. 2. *de Condict. furt.* Dominus alienavit rem a fure possessam, id est dominium transtulit, unde condictionem, quae soli domino datur, *l.* 1. *d. t.* amisisse dicitur; et quidem *facto* suo rem alienavit, inter vivos, ut e textu liquet, quod aliter quam de traditione intelligi nequit. Alienatio enim inter vivos ex facto domini, non potest excogitari, aliter, quam per *traditionem* celebrata: adde *l.* 16. *de fund. dot.* Quae ab adversa parte proferuntur, alibi refellenda. Vid. Vinn. *h. t.*

38. Porro quamvis Traditio jure positivo introducta et a naturali simplicitate aliena, etsi non contraria sit, tamen Jus Romanum vetus sola traditione ad Dominii propagationem minime contentum erat, sed plura desiderabat solemnia. Praesertim in mancipatione atque in jure cessione, quibus modis dominium Quiritarium constituebatur, ut dict. *supr.* Sed traditione sola Bonitarium duntaxat dominium quaerebatur in rebus *nec mancipi*, ut praediis provincialibus, quae stipendiaria et tributaria dicebantur. Nam victis bello populis, Romani dominos se ferebant praediorum, quae aut vendebant, aut in plebem vel milites veteranos partiebantur, aut denique reddebant dedititiis, tributo sive stipendio iis imposito. Liv. *l.* 3. *in fin.* Sic ut τὸ κυριώτατον, jus summum, penes Remp. Rom. tota rei utilitas et libera dispositio ipsorum esset provincialium, ἐπικαρπία καὶ πληρεστάτη κατοχή, *emolumentum et plenissima possessio*, interpretatur Theophilus. Et hoc jus, dominium *Bonitarium*, et summum illud civium Rom. *Quiritarium* vocabantur. (22) Longe autem diversa ratio fuit *bonitarii*, quam ejus, quod *utile* vulgo appellatur. Provinciales enim nullo non dominorum jure et effectu, tam in administrando, quam alienando gaudebant, neque cogniti erant modi, quibus bonitarium dominium, ut hodie emphyteusis, amitteretur. Traditione igitur olim non Italica, sed stipendiaria et tributaria praedia alienabantur, quomodo *quae in provinciis sunt* vocabantur, ait Imp. Eodem modo Glossarium vetus Graecum et Theoph. stipendiaria praedia appellant, τὰ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις κτήματα, *Possessiones provinciales.* Atque ita est, quod talia non nisi in provinciis fuerint, cave interim putes, cuncta in provinciis praedia fuisse tributaria et stipendiaria; non paucae enim per provincias civitates Jure Italico donatae erant, quae immunitate gaudebant, ut Hotomannus *hic* monet; ideoque Tribonianus provincialia non exposuit una voce, quod alias expeditius erat, sed ita circumlocutus est, ut significaret, esse in provinciis agros, qui onera provinciarum non ferrent. Haud perinde explicuerim, quid his verbis sibi velit Imp. *Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur.* Indicant enim, olim ea per traditionem alienari non potuisse, verum nova Justiniani constitutione in *l. un. C. de usuc. transform.* id introductum esse, quod sine dubio falsum. Traditionem esse rerum nec mancipi, docet Ulp. *tit.* 19. §. 7. Res mancipi non traditione, sed aliis modis alienabantur, de quibus *supr.* dix. Jam praedia Italica erant mancipi, Provincialia secus. Ergo haec tradi potuerunt, illa non poterant olim, hodie per *d. l. un.* possunt; dicendum igitur; *ipsa Italica quoque praedia eodem modo alienantur*, Theophilus evitavit hoc

(22) *Conferendus hic omnino Pet. Burmannus* de vectigalibus populi Romani. *Ubi haec omnia accurate exponit.*

vitium sua paraphrasi, cum οὐ διαφέρομαι δ'ὁποῖον δήποτέ ἐστι τὸ παραδιδόμενον πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεσπότου, inquit, εἴτε ἀγρὸς Ἰταλικὸς, εἴτε στιπενδ *Non distinguo, qualis sit res, quae traditur a domino- sive ager Italicus, seu stipendiarius* etc. Deoique Justiniaoi, inquam, tempore certum est, nihil fuisse discriminis inter adquisitionem praediorum, quae in Italia et quae in provinciis erant, oedum inter tributaria et stipendiaria; sed hodie omnium dominia per Traditionem iodistincte traasferri * *d.* §. 40. *et l. un. C. de usucap. transform.*

39. (o) Quoties igitur Traditio facta est ab eo, qui jus et animum alieaandi habet, necesse est transire domioium. Aoimus autem eum titulo sive causa conjunctus esso solet, eujus discrimen a *modo* adquireodi domioii, qualis Traditio, indieavimus *supra*. Io sola venditione, etiamsi eausa praecesserit, eamque traditio secuta sit, tamen dominium non transfertur, oisi emptor venditori protinm solverit, vel alio modo ei satisfeoerit, aut denique venditor sine solutione et satisfaetione emptori fidem de pretiu babuerit. §. 41. *h. l.* 19. *de contrah. empt.* Atque hoc Lege XII. Tabb. fuisse comprehensum, testatur *hic* Imp. παρὰ πᾶσι τοῖς ἔθνεσι πολιτεύονται, apud omoes gentes id observari, affirmat Theophilus; et reete dicitur, addit Imp. etiam jure gentium, id est jure naturali, id effici, quod dietat, noa amitti dominium, priusquam dominus prior animum amitteadi habuerit; sed venditor, quoniam unice pretii causa contrahit, animum dominii amittero non videtur, nisi postquam securus de eo est, quod vice rei expeetat. Hinc sequitur, si fidem de pretio noo habuerit, posse venditorem jure dominii rem venditam atque traditam, ubicunque sit, vindicare, de concursu aliorum creditorum nihil sollicitus, eum quibus alioqui, si fidem emptoris secutus fuerit, parem causam habebit, nis res specialiter ei pro pretio sit obligata, *l. 7. C. Qui pot. in pign.* vel praetextu emptionis a fraudatore ad tradendum fidemque habendum dolose inductus sit. *arg. l. 3. de pign. act.* Gail. 2. *observ.* 15. *n.* 6. *et seq.* Excipiuntur quoque Argeotarii, quibus jus vindicandi rem venditam competit, donec τὸ τίμημα λάβωσιν, *pretium recipiant*, sine discrimine, fidem aut hypothecam habuerint, vel non. *Nov.* 136. *c.* 3. *ϒ. si tamen.* Satisfactio, de qua modo, oppooitur Solutioni, *l.* 6. *Quib. mod. pign. solv.* quid autem hic sub satisfactione contineatur, doeet Imp. in *h.* §. 41. et Ulpianus in *l.* 9. §. 3. *de pign. act.* Satisfecisse Emptor dieitur, si expromissorem vel *partem pretii* dederit, vel nuda conventione, et quoties venditor cooteotus fuit, per *d. l.* 9. §. 3. adeo ut hac generali significatione, nuoquam fides de pretio haberi possit, quin etiam *satisfactum* diei queat, verum in hoc §. 41. et in *praed. l.* 9. simplex fidei adhibitio satisfactiooi diserte opponitur, quae proinde ad solutionem realem vel porsoaalem restringenda erit. Quod autem Schneidewinus *ad hunc* §. velut ex communi Dd. senteotia monet, ex qualibet traditione in dubio praesumi fidem emptori esse habitam, noo sine ratione Bachovio, Vinnio aliisque displicet, et ex vetustioribus Joh. Faber *ad h.* §. *n.* 2. cootrarium suo tempore existimatum fuisse scribit. Praesumendum potius videtur, fidem non esse habitam, nisi id aliquo facti vestigio perhibetur. Rem suam nullus venditor dimittere ereditur, nisi constet, eum de hoc seeurum esse propter quod rem alienat. Naturali Juri id convenire, affirmat Imp. proinde affeetus rem retineodi, oisi de pretio satisfiat, est naturalis; vulgatumque est, quod Naturalia inesse creduntur, quamdiu cootrarium aperte non liquet. Si dieas, ex sola traditione id constare, principium petes: nam hoc quaeritur, an traditio ex causa venditionis dominium transferat. Negatur, nisi fides sit habita, quod inepte per traditionem ipsam probes; aliud sine dubio oportet accedat, nempe si venditor fidejussorem vel pignus acceperit; ideo enim illa fiunt, ut fides, quae ipsi emptori noa habetur, in alia re vel persona acquiescat. Est et fidei habitae argumentum, si terminus solutiooi sit appositus *l. 3. C. de pact. int. empt. et vend.* aut si dixerit emptori venditor, ut fit, rem tibi nunc habeto, pretium postea dabis. Nonne etiam, si in libros rationum summam pretii retulerit, nomen factum, itumque esse in creditum dieemus? Utique, imprimis si rem non modo tradiderit, sed emptorem ea diutius sit uti passus, solutionem non urgens, dubitari vix potest, quin fidem habitam esse appareat.

(o) *Pos.* 108.

* Jure Saxon. Comm. praedia tantum avita, Censitica, et Emphyteutica, judicialiter tradi debere, alias dominium a pristino possessore non transferri, a *L. R.* L. 1. *art.* 9. *et* 34. affirmat Franzk. *L.* 2. *Res.* 12. *n.* 8 H. Pist. *Obs.* 230. *n.* 8. *seqq.* Philip. *ad Dec. El.* 62. *Obs.* 1. *n.* 5. Sed Electorali Saxon. Jure indistincte in traditione omnium rerum immobilium requiritur, ut Dominus in manus judicis suum dominium resignet, et is, qui in se dominium transferri cupit, de ea investituram a judice accipiat. *Dec. El.* 61. Berlinch. *p.* 3. *d.* 654. *n.* 1. Carpzov. *Decis.* 147. nisi consuetudine aut Statuto legitime confirmato aliud fuerit introductum, *d. Dec.*

40. (p) Utrum vero dominus ipse rem tradat, an alieno utatur ministerio, nihil interest, §. 42. *h. l.* 9. §. 4. *de A. R. D.* ideoque si dominus speciale mandatum alienandi rem suam alteri dederit, quin is secundum voluntatem ejus dominium transferat, dubium non est. Sed an generale mandatum ad omnia bona sufficiat quaeritur. Imp. ex *l.* 9. §. 4. *de A. R. D.* rem ita accipientis sit fieri, si tradat is, cui libera universorum negotiorum administratio fuerit. Plerique in voce *libera* putant διαστολὴν esse, unde procuratorem generalem faciunt duplicem, vel simpliciter totorum bonorum, *vel cum libera* scil. administratione; ut ea ratione textus concilient, quorum aliis procuratori omnium bonorum tribuitur jus alienandi, ut *hoc* §. 42. *et d. l.* 9. §. 4. *l.* 58. *de Procurat.* aliis negatur, *l.* 63. *eod. l.* 16. *C. d. t.* Duareno, Donello, Bachovio, aliisque displicet haec distinctio. Nam quid interest, ait D. Vinnius, simpliciter administratio universorum bonorum mandata sit, an adjecto verbo *libera*? Haec quidem alterius loci quaestio fuerit; sed objectae *Leges* 63. *D. et* 16. *C. de procurat.* ut et *lex* 60. *D. eod.* accipi forte queant de alienatione, quae fit praeter rationem administrationis contraque utilitatem domini et praesumptam ejus voluntatem *vid. l.* 12. *de pign. act.* Atque ita Leges, quae procuratori generali modo tribuunt, modo negant alienandi facultatem, non illa distinctione quaesita, sed hoc modo conciliandae erant, ut alienationem valere dicamus, si evidens domini utilitas eam commendet; non procedere, ubi secus comparatum est.

41. (q) Hactenus de traditione propria et usitata, quae fit possessione translata et corpore ad corpus adjuncto. Sed usus rerum hominumque species quasdam insolitas et analogicas invexit. Propter quas dicendum est, Traditionem esse propriam vel impropriam. Propria est, inquam, rei corporalis translatio naturalis, φυσικὴ μετάθεσις, qualem natura cujusque rei admittit; si facile moveatur, translatione de manu in manum, si difficulter, exhibitione praesenti. *l.* 1. §. *pen. de adquir. vel amitt. poss.* Si res immobilis sit, traditio perficitur inductione in fundum vel domum, pedibus in quamlibet ejus partem illatis. *l.* 3. §. 1. *de adq. vel amitt. poss.* Impropriam traditionem dicimus esse, vel incorporalium rerum, vel etiam corporalium. Incorporalium, veluti servitutum, in quibus loco traditionis ex parte accipientis est usus earum, *l. ult. de Servit.* ex parte concedentis, patientia, *l.* 1. §. *ult. de S. R. P.* quibus textibus collatis, dic *patientiam usus* pro traditione servitutum haberi; ita enim est in *l.* 3. *pr. de usufr.* dare usumfructum heres intelligitur, si legatarium *patiatur uti* frui. Impropria rerum corporalium Traditio, erit nobis ficta vel symbolica, quae distinctio, etsi vulgo non usurpata, necessaria tamen visa fuit; alioqui minuendis potius, quam terminis Artis augendis operam esse dandam intelligimus. Ficta vocatur, cum possessio pridem existens apud eum, qui faciendus est dominus, ex nova causa in ipsum translata fingitur, ἐπειδὴ προϋπῆρχε φυσικὴ κατοχή, *quia naturalis detentio praeexstitit*, habet Theoph. idque exemplis rerum commodatarum, locatarum et depositarum declaratur in §. 44. *h. t.* quae si vendantur aut dono mutuove his, qui tenent eas, dentur, dominium immediate in illos transfertur, quasi res ad priores dominos reversae ac denuo ipsis traditae essent, quae fictio, brevis manus dicitur in *l.* 43. §. 1. *de jur. dot.* cum ordo rei gestae occultatur, ut Celsus *l.* 3. §. *pen. de don. int. V. et ux.* Symbolicam vocamus, cum non res ipsa traditur, sed actus aliquis repraesentans traditionem celebratur. Sic merces pro traditis habentur, quando claves horrei vel cellae in loco traduntur. *l.* 1. §. *pen. de adq. poss.* §. 45. *h. l.* 74. *de contrah. empt.* Trabes videri traditas ait Paulus, quas emptor signasset. *l.* 14. *inf. de peric. et comm. rei vend.* Eodem pertinet, quod traditione instrumentorum fundus pro tradito habeatur. *l.* 1. *C. de donat.* Distinguimus hanc symbolicam a traditione ficta, quoniam ubi fictio locum habet, ibi nihil est gestum, sed in illis speciebus, utique celebrati sunt aliqui, licet improprii ac symbolici actus. Nihil geri et aliquid analogum geri saepe toto genere differunt. Imo videri posset, signatione trabium pene propriam absolvi Traditionem, non minus quam si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, tunc enim possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit. Sic etiam, si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem. *l.* 18. §. 2. *de adqu. vel amitt. poss.* Eo quadrat, quod Xenocrates apud Plutarchum *in lib.* περὶ πολυπραγμοσύνης, licet alio fine disserit, μηδὲν διαφέρειν, inquit, ἢ τοὺς πόδας ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι *Nihil refert, utrum oculos, an pedes in alienam domum inferas.* Non est talis ficta traditio, quoniam actus vere celebratur, neque symbolica, quia nullum adhibetur signum; sed

(p) *Pos.* 109. (q) *Pos.* 110. *et seqq.*

insolita, at tamen vera, ut videtur. Alii hanc fictionem longae manus appellant. *Corvin. in crotem. h. t.*

Facilius ad Symbolicam Traditionem retulerim Scotationem, et Effestucationem, quae post jus Romanum invectae sunt. De Scotatione est textus in *cap. ex literis. 2. de Consuetud.* ubi Innocentius III. *Hanc*, inquit, *conferendi formam esse proponis, quod in hujusmodi donationibus modicum terrae consuevit in manus accipere, vel in extremitate pallii, quod manu Praelati Ecclesiae sustinetur aut super altare ponendum, sub testimonio videntium et audientium, sub dicta forma, quae Scotatio vulgariter appellatur.* Effestucatio est Traditio solemniter in judicio facta, cum venditor festucam sive baculum manu tenens eumque abjiciens, cedere se possessione alteri declarat, quod Galli *verpir.* appellant, qua de re vid. Goris *advers. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 1. *n.* 13. *et seqq.* Et his modis ipsam transferri possessionem, ut non opus sit alia apprehensione, probat Frider. Sandius *Comment. de effect. cap.* 2. *n.* 8. *et seqq.* Etiam hi ritus valde similes mancipationi et jure cessioni Romanorum videntur, nisi quod tantum in rebus immobilibus obtineant. In mobilibus nihil diversi a jure civili receptum constat.

42. (r) Traditio, ut dictum, est, Translatio *possessionis*. Quid est Possessio? Graeci *βασιλικῶν lib.* 50. *tit.* 2. *l.* 1. dicunt, eam esse *φυσικὴν κατοχὴν*, *detentionem naturalem.* Theophilus vocem *φυσικὴν* explicat *pr. Inst. de interdict.* Σωματικοῦ, inquit, *πράγματος κατοχὴ*, *Rei corporalis detentio.* Sed bene monent interpretes, aliquid addi oportere, quo intelligatur, eum qui rem obiter mox reddat sine titulo aut animo detinendi non possidere. Ideo plerique adjiciunt, *cum affectu sibi habendi*, etiam Grotius *lib.* 2. *c.* 2. *pr. Jurispr. Holl.* ut excludantur usufructuarii, coloni, commodatarii, precario tenentes, depositarii et similes. Non incommodam fore doctrinam eam, facile apparet, eaque lubenter uterer, sed tot expressis juris textibus, qui enumeratis istis possessionem tribuunt, quid faciendum? De usufructuariis est *l.* 12. *pr. de adquir. poss.* De colono, commodatario, depositario textus in *l.* 2. §. 1. *pro herede l.* 3. §. *ult.* cum *l. seq. Ad exhib.* De precario *l.* 4. §. 1. *et ult. l.* 15. §. 4. *de precario.* Cum his Jura possessionem tribuant, eam mihi religio est negare, quamvis affectu rem ipsam sibi habendi careant. Atqui nec creditor, quem omnes possidere fatentur, ex *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem. act.* istum animum habere videtur, sed tantum custodiendi, donec pecunia solvatur. Vix est igitur, ut verba illa generali possessionis definitioni conveniant.

Bachovius ad Treutl. *disp. de adquir. poss. th.* 1. definit possessionem cum vetustis DD. *Jus rei corporali insistendi*, significantius quam Graeci *detentionem* dicunt: nam factum detinendi rem nudum, per verbum *jus* satis excluditur. Sed hoc scrupuli restat, definitionem illam videri convenire et ei, cui possessio per injuriam erepta est. Nam qui de fundo vel aedibus per vim dejectus est, nonne is habet *jus rei insistendi*? Omnino, et in hunc finem, adeoque vi hujus juris, habet interdictum recuperandae possessionis. Proinde ei, qui possessionem non habet, congruit haec definitio, quod est emendandum. Dicamus igitur, possessionem esse *jus, quo res corporalis detinetur*, scilicet actu et in praesenti, non tamen corpore semper, sed etiam animo, uti mox. Potest etiam cum Vinnio in hoc sensu generali Possessio definiri, detentio rei corporalis cum animo sibi, aut alii, eam habendi *l.* 2. *Quaest. c.* 36.

Scholium.

To aut alii *non agnosco; nam depositarius v. g. et commodatarius, quamvis habeant animum hanc rem habendi deponenti et commodanti, possessores tamen non sunt, sed nudi detentores*, l. 6. Depos. *juncta* l. 39. et l. 3. §. ult. de adquir. vel amitt. poss. *Et praeterea deponens per depositarium possidet; Ergo depositarius possidere non poterit, quia duo eamdem rem in solidum non possunt. Confer omnino Auctorem in* Praelect. ad tit. de Interd. n. 8.

Responsio.

Probatum est e textibus supra adductis, Possessionis vocabulum iis etiam, qui pro aliis habere volunt, frequenter adscribi; quorum juribus aliae voces non conveniunt; idque fit in iis locis, ubi de possessione ex professa agitur, quod ad usum terminorum Artis inprimis pertinet Ideoque in possessione plane se res habet, ut in adoptione, morte, ut in publicis rebus aliisque fit locis, ubi Ars ipsa voces in latam strictamque significationem distinguit. Leges adductae a Scholiaste nihil probant, excepta l. 3. §. ult. *quae possessionis vocem negat creditori in possessionem misso; quia Paulus ibi de possessione, per quam itur ad dominium, tractat. Ultimo argum. Respondebitur ad* d. tit. de Interd. n. 8.

(r) *Pos.* 114. *et* 115.

N. A d d i t.

Imo vero dum in d. l. 3. §. ult. *possessio et custodia sibi invicem opponuntur in ereditore, probat etiam sententiam nostram* l. 6. depos. *quod nempe depositarius non possideat, quia videlicet res ei ibidem dicitur tradi ad custodiendum et reddendum. Denique in* alleg. tit. de interdictis o. 8. *nihil inveniο quod ad responsionem contra ultimum meum argumentum trahi possit.*

43. (a) Divisio possessionis in Naturalem et Civilem, habetur in *l.* 1. §. 9. *de vi et de vi arm.* Naturalem intelligimus, Jus quo res corporalis sine opinione Dominii detinetur, quae in *citatis textibus* tribuitur personis modo recensis. Haec alias corporalis appellatur, *l.* 25. §. *ult. de adquir. poss.* non modo respectu commodatarii, depositarii et similium, sed etiam ereditoris, in *l.* 40. §. *ult. de pign. act.* adeo nt si quis dicat, naturalem possessiooem improprie adscribi reliquis, huic idem de ereditore sit dicendum, de quo tamen possessio proprie dieta praedicatur; naturalis solet justa, vel iojusta esse. *l.* 2. *Uti possid.* Justa est sine affectu sibi habendi ob alium finem limitatum, velut Fructuarii ob emolumentum, Commoditarii ad usum, Creditoris, Depositarii ad custodiam; etsi ereditor in earum defectae solutionis plus animi habeat. Injusta plerumque cum affectu sibi habendi et in proprietatem redigendi conjuncta est, qualis, in furo, praedono, Invasore, *l.* 24. *de adquir. poss.* ubi scribit JCtus, servum non posse ignoranti Domino *corporalem sed justam* adquirere possessionem: unde Donellus 5. *comm.* 7. naturalem possessionem colligit omoem esse injustam, sed potest its exandiri JCctus, ut non *quamvis* corporalem, non talem, de qua ibi agit, sed justam adquirere servus dicatur.

Civilis est possessio, qua quis ita rem detinet, *ut se Dominum esse credat*, l. 13. §. 1. *de publ. in rem act. l.* 21. *C. de furt.* ubi: *bonae fidei possessor Domini cogitatione possidet*, ψυχῇ δεσπόζοντος, ait Theoph. *ad tit. per quas pers. cuique adquir.* §. 4. (unde nota, Possessionem bonae fidei et civilem unum esse idemque.) Ita Basilici *lib.* 50. *tit.* 2. *in fin.* Κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσποζοντος κατοχὴ, *Civilis possessio est, detentio cum animo dominii.* Sed an haec omnia est justa? Ita multi volunt, etiam Cl. Wissenb. 2, *ff.* 19. 3. Recte, quod ad animum et conscientiam attinet; nam omnis possessor civilis habet opinionem Dominii, quae est bona fides. *l.* 22. §. 1. *de nox. act.* Sed non dixerim, quod idem vir summus ad *l.* 136. *de R. J. monstrosum est, dari bonae fidei possessionem sine titulo, aut cum titulo reprobato.* Ecce, cui res ex errore falsae causae traditur, is est bonae fidei et civilis possessor, ut etiam usucapiat, et tamen aperte titulo caret. *l.* 3. *pro suo.* Qui juris errore titulum esse justum putat, is titulum habet reprobatum, et tamen civilis possessor est et bonae fidei, quoniam dolo caret. *l.* 25. §. 6. *de hered. pet. et l.* 2. *C. si quis ignor. rem. min.* Quippe ad bonam fidem negativa dominii opinio sufficit, *si quis ignoret, rem esse alienam*, *l.* 109. *de V.* S. Augustinus *de fide et oper. In jure*, inquit, *praediorum tamdiu quisque bonae fidei possessor rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum.* Hinc Canonistae bonam fidem ajunt esse, *Illaesam rei alienae conscientiam, cap. ult. X. de praescrip.* Ad usucapionem tamen verum est, juris errorem non prodesse. *l.* 31. *de usuc.* Igitur possessio civilis quoad animum possidentis semper justa, quod ad titulum, potest esse injusta, sive illegitima.

Caeterum, civilis possessio species praecipua est, eximiosque in Jure effectus habet, adeo ut per excellentiam nomen generis haud raro sibi vindicet, inprimis ubi de usucapione tractatur, ut in *l.* 25. *de usucap.* quomodo accipiendum, quod Imperator in §. 4. *per quas pers.* fructuarium *possidere negat*, civiliter scil. ut Theoph. optime interpretatur ψυχῇ δεσπόζοντος, non videtur possidere quoad usucapiendum; nam de hujus jure ibi sermo est; nec alio sensu Commodatarius, Colonus caeterique, non tam possidere, quam esse in possessione et ministerium praebere dicuntur possessioni civili, cui interdicta applicantur, ut est in §. 5. *Inst. de Interdict.* Comparative igitur respectu civilis, possessio corporalis et naturalis fere non est possessio, quia plerisque juris effectibus caret, quanquam possessionis nomen absoluto alias non potest ei negari. In usufructuario res clara est, quem possidere utique, constat ex *l.* 21. *pr. de adquir. poss.* etiam cum effectu interdicti, *l.* 3. §. *pen. et l.* 9. §. 1. *de vi et de vi arm.* nihilominus in *d.* §. 4. possidere negatur, quod ad usucapionem scilicet, civiliter.

Divisio autem in naturalem et civilem possessionem, eleganter exprimitur in *l.* 10. *C. de adquir. et retin. poss.* ubi; *possessionis duplicem esse rationem, aliam quae jure consistit, aliam quae corpore*: huic *jus* negatur, id est, praecipui juris effectus, non quod plane Jus non sit; Esse enim inde liquet, quia ne furem quidem et praedonem in

(a) *Pos.* 116. *et seqq.*

possessiono a tartio turbari fas est, *per l. ult. de adquir. poss.* Perro jus et corpus non sigoificaot hio specificas differentias sibi ievieem oppositas, quarum uua eoo iusit altori. Sed quio juris est, etiam iu corpore censistit; Qoi civilam habet possessionem, is quoque naturalem habet. Haec igitur iuest illi: Civilis possessio est naturalis, addite affectu dominii. Nec tamen ideo rejicienda haec divisio, ut quibusdam videtur, eum idem aliis multis eveniat, Sic Dominium modo distioximus in nudum et plenum: atqui illud huic inast. Qui habat plenum, is etiam hoe teuet, quod is, qui uudum habet. Usus et ususfructus pnountur ut duae species sub aodem genere, at qui usumfructum habet, idem et usum, *nam fructui usus inest, et fructus sine usu esse non potest. l.* 14. §. 1. *usu et habit.* Quare cum possessio naturalis et eivilis utraque sit oorporalis, hine non aeimo solo, sed et corpora ad adquirendam eam opus est. *l.* 3. §. 1. *et l.* 8. *de adquir. poss.* Retinetur autem solo auimo, *l.* 3. §. 11. perinde et amittitur, *l.* 3. §. 6. *in fin.* quae ut conciliauda sit cum *d. l.* 8. dicendum est alias.

TIT. II.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

I. Divisio rerum in corporales et incorporales. II. Quid hae. III. Hereditas quo sensu incorporalis. IV. Corporalia exponuntur. V. De mobilium et immobilium differentia.

(a) Superest adhue tertis rerum divisio, quam Imperator iu ultimum locum *titulo distincto* rejecit, ut transitum ad tractatum de Servitutibus haberet. Ea est, quod Res sint Corporales, quae sui natura tangi possuot, voluti fundus, homo, vestis ete. vel incorporales, quae tangi oequaunt, *tit. I. de reb. corpor. et incorp.* Quam divisinnem habeut nostri a Physicis, ait Giphaoius *hic.* Sed hi quidem alio seosu, quia substantias ita dividunt et per res ineorporess spiritus intelligunt, da quibus oihil JCti, ut oec Physici quicquam de rebus, quae in jure coesistunt, cujusmodi eostrs iecorporalia sunt.

2. (b) Incorporalia igitur omnia in jure consistuot, ut hereditas, ususfructus, Usus et Obligstio, babet textus, quorum tamen subjecta materia io eorporibus cousistit; pleraque aoim quae ex obligationo debentur sunt eorporalia, ut et fruotus iu usufructu, et res hereditariae in hereditste. Qnomodo obligatio differat a rebus, quae debentur et ususfructus ab ipsis fructibus, uemo dubitat, sed distinctio inter bereditatem et ros bereditarias uen est aeque perspicua; ut jam a Saoeca inter argutas JCtorum ineptias relata sit, 6. *de benef.* 5.

3. Gajus, et Julisnus hereditatem defioiunt, *Successionem* in universum jus quod defuoctus habuit. *l.* 24. *de V. S. l.* 62. *de R. J.* Vinoius rejectis aliorum interpretationibus, Hereditatem sigoificsre ait uoiversas res hereditarias simul sumptas! hoc seosu jus dioi, et sio differre a rebus bereditariis, ut eoiversitatem a siogularibus, quo maxime facit *l.* 208. *de V. S.* Baoe atque perspicne ita sumi hereditatem, oon est quod oegetur, ut cum hereditas peti, dividi, possideri dicitur; et sie ipsa quoque *Successio* accipitur in *l.* 10. *C. famil. ercis.* Sed Imperatorem ie *hoc titulo*, at JCtos alibi, oum ex arte loquuntur, ita vacem usurpara, non putem. Caesar haereditatem eodam modo a rebus bereditariis discernit, quo obligationem et usumfructum a rebus, quae debeotur et a fructibus. Ut sint jura eirca res siva facultates, quarum vi persecutionem rerum aut iis utendi fruendique jus habaamus. Eodem modo bereditas iotolligitur, Jus iu rebus defuncti seu facultas, qua uoiversae res hereditariae ad nos pertineot. Nihil adeo impedimento est, quo minus, ut ususfructus et obligatio sunt jura perfeete nobis adquisita, sic quoque heraditas sit Jus in universis defuncti rebus tam corporalibus, quam incerperalibus coestitutum, compraheodens quidem et dominium et jus ad rem, quoad uomina, imo et jus ex re, *l.* 19. *de her. pet.* sed ab utroqua tamou distiectum et io individua quadam uaiversalitata oonsistens, eoque respectu actionem io rem, tam adversus debitores hereditarios, quam rarum possessores producens. *l.* 13. §. *fin. de Hered. pet.* Rationes Vioeii contrarias examioavimus ie *lib.* 4. *Digress. c.* 27.

4. (c) Exempla corporalium rerum memorantur in *hoc tit.* ex *Cajo* io *l.* 1. §. 1. *de D. R.* fuodus, bomo, pecueia, nempe in individuo sumpta, sive ie speeie, (uam JCti geeus et

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 2. *et* 4.

speciem vocant, quod Logici speciem et individuum, *l.* 54. *de V. O.*) sie pecunia, quae in area est, voeatur species in *l.* 30. §. 6. *de Leg.* 1. Pecunia igitur sine dubio res corporalis est, ut heic traditur; aliter enim censeri nequit quod ex auro argentoque constat, ideoque etiam nummi vindicantur, *l.* 14. *de reb. cred.* quod non nisi corporalibus convenit, *l.* 5. §. 4. *et l.* 6. *de R. V.* Eadem ratio est in omnibus, quae pondere, numero, mensura consistunt, ut oleum, vinum, frumentum, quas res corporalis naturae esse, dubitari nequit. Sed consideratae ut quantitates, opponuntur corporibus, *l.* 30. *pr. de leg.* 1. quia non durabilem et consistentem, sed transitivum habent usum, nec ita in commercio habentur, ut eadem substantia, sed tantundem reddatur. Habent igitur illae res duplicem naturam, corporalem, quatenus tangi et cerni possunt certoque loco sunt circumscriptae *d. l.* 30. §. 6. incorporalem, prout in quantitate consistunt, *ead. l. in pr.* Hanc diversitatem in nummis exprimit *l.* 94. §. 1. *de sol.* ubi in communibus nummis duplex communio intelligi dicitur, una *in singulis nummis pro indiviso*, altera, *si in pecunia non corpora, sed quantitatem cogites*: atque hoc posteriori sensu pecunia rebus corporalibus opponitur in *l.* 46. *de cond. ind.*

5. (d) Scilicet, Res corporales, quod nondum diximus, dividuntur in Mobiles et Immobiles. Sub mobilibus etiam moventes se, *αὐτοκίνητα*, ut animalia, continentur. *l.* 1. *de R. V.* Immobiles sunt Res soli, ut domus, fundi, et quaecunque loco moveri nequeunt, *pr. Inst. de inut. stip. l.* 15. *Qui satisd. cog.* Hotomannus ad *hunc tit.* et D. Voetius *comment. ad eund. h. tit*, nullam usu fori, quam rerum immobilium mobiliumque differentiam reperiri affirmant. Ego vero practicos scriptores alios constanter tradere video, Jura et actiones naturam habere distinctam ab utrisque tam mobilibus, quam immobilibus, non tantum jure civili, quo res clara est, *l.* 7. §. 4. *de pecul. et l.* 15. §. 2. *de re jud.* sed usu et effectu quotidiano, ut docet Peckius *lib.* 5. *de testam. conjug. c.* 30. *n.* 5. et Pinellus 1. *de bon. matern. n.* 24. qui has inde conclusiones deducit, ut *n.* 25. *quod in donatione, vel relicto bonorum mobilium non contineantur jura et actiones.* Item, *n.* 26. *quando confiscantur mobilia, non publicari jura et actiones*, nisi in casu, quo jure communi omnia bona publicari constat, *n.* 28. Ex quo confirmari potest, quod idem Pinellus *in* §. 29. disputat, in hypotheca bonorum mobilium et immobilium aliter obtinere, ut sub illa actiones quoque et jura comprehendantur; cum, quia est ex stylo Notariorum, quam mente contrahentium, qui ad omnia bona spectant, tum quia duplex cum sit hypotheca, specialis et generalis, haec utique specialis non est, ergo generalis; at haec jure communi de omnibus indistincte bonis intelligitur. Praeterea, ne reditus quidem annui sub legato mobilium et immobilium comprehenduntur, etiamsi redimibiles, quia incorporales sunt, teste Sandio *lib.* 4. *tit.* 4. *de fin.* 6. ubi proinde expresse incorporalia a mobilibus atque immobilibus distinguit, quod firmatur 1. *Stat.* 19. §. 6. quanquam fieri potest, ut cum Statuta de mobilibus et immobilibus loquuntur, sub alterutris Jura et actiones intelligi debeant. * Ex quo tamen minime inferre debes, species illas hodie omnino confundi; longe enim aliud est, incorporalia quandoque eodem cum corporalibus jure censeri, atque non differre ab illis: nisi putes, mobilia ab immobilibus non discerni, quod aliquando eodem effectu gaudeant, ut supra in pecunia ostendimus; sic mobilia, quoties ut partes immobilium considerantur, horum jus quoque sequuntur, et naves majusculae in Hollandia, quoad nummum 40. venditionis, pro immobilibus habentur, *const. ord. Holl. Anni* 1662. *Mart.* 10. quod nostratibus Statutis non exprimitur, nec etiam usu servetur.

(d) *Pos.* 5.

* Ita Jure Saxon. pecunia credita Uxoris ad res mobiles refertur, sive uxore viva peti potuerit, sive non potuerit. *P.* 3. *C. El.* 23. Pecunia vero hereditaria et annui redditus, quorum dies viva uxore nondum venit, immobilibus accensentur, *d. p.* 3. *C. El.* 21. *et* 24. ibique Carpzov. *d.* 3. Berl. *p.* 3. *Concl.* 33. *n.* 5. *seq.* conf. Menck. *Disputatio de Pecunia heredit. cap.* 1. *th. ult. ibique citat.*

TIT. III.

DE SERVITUTIBUS PRAEDIORUM.

I. Continuatio et definitio Servitutis. II. Divisio et quae sint praedia urbana vel rustica, propria ratione. III. Rusticae servitutes, iter, actus, via. IV. Caeterae servitutes rusticae. V. Urbanae, ubi oneris ferendi. VI. Stillicidii vel non. VII. Altius non tollendi et tollendi. VIII. Luminibus non officiendi etc. IX. Cur praediales vocentur servitutes. X. Modi quibus constituitur servitus.

(a) Modos quibus dominium jure gentium adquiritur, ordine Imperatorio vidimus novissimeque discrimen rerum corporalium et incorporalium, quas inter praecipuae servitutes feruntur. Nam ut homo natura liber constitutione Juris Gentium alteri fit obnoxius et servus, ut dictum in *loco de Jure personarum*, ita cum quisque rei suae natura liber sit moderator ac arbiter, varie accidit, uti haec libertas coarctetur; idque vel ita ut dominus dumtaxat prohibeatur pro arbitratu suo rebus uti, quo spectat alienatio et administratio prohibita; vel ut alteri Jus in re nostra constituatur, cujus vi aliquid non facere, vel admittere cogamur, quod libere alioqui liceret, aut secus; Idque respectu domini est onus, alterius respectu, in cujus gratiam comparatum est, Jus et facultas merito vocatur. Haec jura sive onera Rerum *Servitutes* dicuntur, quarum explicatio, quia dominio accedunt et ex jure Gentium oriuntur, hoc loco non incommode sequitur.

S c h o l i u m.

Dantur tamen et praediorum jura alia, quae non sunt servitutes. Vid. Noric. addit. ad h. t.

Responsio.

Esse alia jura praediis imposita, per quae dominus aliquid non facere, vel pati cogatur in suo, alterius in utilitatem, expectabimus dum probetur. Alia si dentur, hinc aliena sunt et facile patior.

N. A d d i t.

In positionibus dixerat simpliciter: Jura et onera praediorum dicuntur servitutes. *Ad ista verba addideram id Scholium, non ad verba praelectionum, ubi alius est sensus, si dicas,* Haec jura. *Ergo dura est Autoris petitio, ut demonstrentur alia jura, per quae Dominus aliquid pati, vel non facere teneatur, etc. cum haec sit ipsissima servitutis definitio. Intellexi vero v. g. jura braxandi, immunitates praediorum, quae non nego ab hoc titulo aliena esse. Non erat tamen alienum ea annotare contra commun m Dd. sententiam, qui jura praediorum et servitutes putant esse synonyma cum Triboniano suo* in §. 3. de reb. corporal et incorpor.

Definienda videtur *Servitus*, quod sit Jus in re aliena constitutum, quo dominus in commodum alterius aliquid pati in suo, vel non facere cogitur, fere ut Donellus 9. *Comm.* 21. Servitutes Jura esse *in princ. I. de Servit.* et alibi passim legimus; *In re aliena*; neque fieri potest, ut res sua cuiquam serviat, *l.* 5. *pr. Si ususfr. pet.* quippe non minus implicat rem propriam servire domino, quam ut sui quis ipse servus dicatur. Porro et tale jus est, quod in alterius utilitatem cedat, personae aut rei.

S c h o l i u m.

Scilicet praedii: spectat enim haec proprietas ad servitutes praediales.

Responsio.

Imo etiam ad personales etc. nisi quod cum utilitas non nisi ad personam referri potest, malebam alterius *simpliciter ponere: non excluso sed tacite intellecto, quod Scholiastes monet, ut ex sequenti positione liquet. Haec utilitas ejusmodi esse debet, ut non egrediatur usum personae vel rei, cui servitus debetur, nec enim commercii causa valere servitutem, docet l.* 5. de Servit. praed. Rust. in fin. *nec voluptatis, ut mox intelligimus.*

N. A d d i t.

Scilicet hoc volui: Utilitatem, quae voluptati opponitur, pertinere saltem ad servitutes praediales. Hinc etsi Tribonianus legem illam 8. de servit. Ut pomum decerpere liceat, item ut spatiari et caenare in alieno possimus, servitutem imponi non posse. etc. *Collocaverit sub rubrica generali de servitutibus, id tamen eum fecisse putandum est, ex errore: cum debuisset poni inter regulas servitutum praedialium, nam*

(a) *Pos.* 1. 2.

voluptas non est usus rei, sed personae. Et voluptas etiam personarum civilem aestimationem recipit, adeoque intuitu personarum utilitati non opponitur. Ut adeo non opus sit, textum exponere cum Autoro et communi Interpretum schola, de otiosa voluptato, de qua quaestio foret Domitiana.

Scholium.

Malim vocem persoose *omitti. Nam et haec proprietas est solummodo servitutum praedialium et commercium spectat ad usum personae.*

Responsio.

Cum excludimus a servitute praediali voluptatem et commercium usumque rei adaequatum inculcemus, persouae consideratio abesse non potest. No tamen cogitatione a praediali servitute nos alienemus, adjectum est, vel rei; *particula* vel *exegetica, non alternativa.*

N. Addit.

Nec hic videtur Autor mentem meam satis percepisse: Regulam, quod commercii causa non possit constitui servitus, dixi non pertinere etiam ad servitutes in genere, sed ad praediales in specie, idque eo magis patet, quia ea regula a Triboniano in d. l. 5. de S. P. R. in fin. (*quam citaverat Autor in positione 4. ad quam illud scholium erat additum,*) *diserte sub titulis de praedialibus servitutibus agentibus erat posita.*

(b) Servite enim Latinis utilitatem praestare significat. *Neque servitus appellabitur servitus, si non servit*, ait Cicero pro Plancio, id est, ut jam dixerat, *si non utilis mihi aut rebus meis est.* Hinc otiosae voluptatis causa, *ut pomum decerpero, spatiari et coenaro in alieno possimus*, jure servitutem imponere non licet, *l. 8. pr. do Servit.* (1) Qoanquam *amoenitatis ergo*, quae civilem recipit aestimationem, aquae duetus reote constituitur, *l. 3. de aqua quot.* nisi forte ad effeetum interdicti, non ad servitutis appellationem ille textus pertineat. Jam quo minus contractus, quo quis voluptuarium aliquid stipulatus est, servetur, oibil impedimento est, haetenus, ut actio personalis detur, *l. 13. ff. Comm. praed.* quod etiam Gl. et Bartolus in *d. l.* 8. volunt. Hugolious, quem sequitur Sutholt. *dissert.* 5. *th.* 9. servitutem volebat esse peraooalem, quae producat actiooem in rem. Costalius ad *d. l.* 8. personalem quoque servitutem appellat, sed abusive, quia addit, *jure personalis obligationis valebit, arg. d. l.* 13. fit quidem aliquaodo, ut Servitus praedialis certae personae intuitu constituatur, ae ita personalis fiat, *l. 4. de servitut. praed. Rust.* At illa vere et proprie servitus non fuit; nam ut jus, quod Leges negant servitutem esse, fiat servitus, citra legem expressam minime eoneedendum est; textus autem, qui citantur, *l.* 30. *de Usufr. l.* 1. §. 12. *et l. 3. pr. de Aqua quotid.* nihil ad rem pertinent, neque etiam *l.* 14. §. *ult. de Alim. vel cib. leg.* de quo mox erit dieendi locus, posse aliquem sane jus habere faciendi idem, quod hi quibus servitus data est, carere tamen servitute, probat *l.* 6. *de servit. leg. et l. pen. de S. P. R.* Responsio ad *l.* 19. *de servit.* eujus trita objectio est, bifariam coneipi potest. Primo, posse fundo imponi servitutem, *etsi non sit utilis* impraesentiarum, si modo sit ejus naturae, ut aliquando utilis esse queat. II. Valere servitutem fundo adquisitam, quae est utilis in genere suo, quanquam isti fundo sit inutilis, ut si quis fundo suo non sitienti aquaeductum adquisiverit. Lex approbat factum; neo curat, an paterfamiliss bene sibi fundove suo consuluerit. Ultima definitioois verba indicant, servitutis naturam oon eonsistere in hoe, *ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat, l.* 15. §. 1. *de Servit.* velot, pati atium ire, agere per fundum nostrum, non altius tollere, oon lumioibus officere et similia. Si quis roget eur jura, quibus faeere, commereium, Voluptas continetur, Servitutes esse oequeant, rationis loeo sit, quod Labeo suggerit in *l.* 6. §. 2. *in fin. Si servit. vind.* has servitutes *non hominem debere, sed rem*, faetuio autem ab homine profieisei debet, res nihil facere potest.

Scholium.

Imo saltem primae, seil τῶ facere, convenit haec ratio. Nam ad reliquas duas non quadrat, potest enim res etiam voluptatem mihi debere et pati ut vendatur; Ergo harum ratio potius in eo consistit, quod servitutes praediales debeantur rei, non personae.

(b) *Pos.* 3.

(1) *Longe aliter hanc* l. 8. *de servit. explicare conatur Gerard. Noodt prob.* lib. 1, Cap. 2. *et* 3., *ubi et legi* 6. *de S. P. R. criticam manum admovet. Ingeniose quidem, sed minus necessarie, uti Waechtlerus in not. ad probab. libros observavit, quem vide, cui addesis Abrah. Wieling. lect. jur. civ.* lib. 1. cap. 17. et 15.

Responsio.

Cum audio, **Servitutem** *non hominem debere, sed rem, intelligo, servitutes praediales ejusmodi esse debere quae semper aequabilem usum, non pro varietate possidentium mutabilem aut temporarium praestant. Atqui voluptas non est qualitas realis, sed a* φαντασίᾳ *cujusque pendet, ut quod huic voluptas est, aliis non sit; commercii quoque ratio non convenit omnibus et praeterea usum exhauriret, quatenus unum praedium commercio infinito non sufficeret. Unde liquet, tribus hisce qualitatibus prohibitis bene convenire hanc rationem,* servitutem non homo, sed res debet; *etsi non intercedo, quominus e Scholiasta addatur haec ratio,* quod servitutes praediales rei potius, quam personae debeantur.

N. Addit.

Continuat scholium istud meditationes scholiorum praecedentium, quod scilicet servitutes praediales non constituantur commercii aut voluptatis causa, quae debeantur rei, i. e. praedio. Praedium autem non sentit voluptatem, nec exercet commercium. Haec ratio cum non adsit in servitutibus personalibus, nihil obstat, quo minus hae et voluptatis et commercii causa constitui possint, quia commercium et voluptas sunt affectiones personae. Cum vero Autor defendat, etiam servitutes personales non posse constitui commercii et voluptatis causa, aliam rationem quaesivit ex l. 6. §. 2. si serv. vindic. *quam cum refutaverim perspicue in scholio, in responsione mutat statum controversiae, et cum antea phrasin JCti, quod servitus non ab homine debeatur, sed a re, explicuerit de servitute non in facto consistente, jam aliam hujus phraseos expositionem tradit, ne cogatur respondere ad scholium. Quae tamen explicatio, (quod scilicet semper aequabilis debeat esse usus servitutum,) uti a mente JCti ibi plane est aliena, ita et si extendatur ad servitutes personales, plane falsa est, quod vel exemplo ususfructus, imo et usus patet, l. 22.* §. 1. de usu et habit. *Unde cadit subsumptio ejus, quod scilicet voluptas non sit qualitas realis, sed a phantasia cujusque pendeat, ut quod huic voluptas sit, aliis non sit, quanquam adhuc plura hic possint regeri. Nam in servitute personali, quae personae debetur, non necessarium est ut qualitas realis sit voluptas, quia hanc servitutem res non rei, sed personae debet. Deinde etsi voluptatem habere sit qualitas personalis, tamen voluptatem praebere est etiam qualitas realis. Porro et utilitas, quatenus voluptati opponitur, in servitutibus personalibus non est qualitas realis, sed a phantasia hominum dependet, ita ut quod huic utile sit, alteri non sit, et quod hoc tempore eidem sit utile, alio tempore utile esse cesset, et tamen propterea servitutes personales non cessant esse servitutes. Denique non credendum est, quod, cum servitus voluptatis causa constituitur, haec voluptas vagari debeat, et plane ut indeterminata concipi, quod repugnaret illi aequabili usui, nec facile et pro lubitu mutabili, quem Autor urget. Inde in lege non de eo casu agitur,* ut voluptatem percipere liceat, *sed ut* pomum decerpere, *ut* coenare, *ut* spatiari *in tuo libeat, etsi voluptatis causa, qui satis determinati sunt et aequabiles usus. Eadem ergo est responsio ad id, cum Autor urget: commercii quoque rationem non convenire omnibus. Quod vero addit, commercium praeterea usum exhaurire, quatenus unum praedium commercio infinito non sufficeret, id iterum mutat statum controversiae. Nemo enim unquam dixit, commercii* infiniti *causa servitutem constitui posse. Ut enim omnis usus rerum alienarum possunt exerceri salva rerum substantia et uti bonus paterfamilias solet uti, ita et res intelligenda est de servitute commercii causa constituta. Et quaeso quid aliud est ususfructus sylvae, lapidicinae, etc. quam servitus commercii causa constituta?* l. 9. §. 2. et ult. de usufructu.

Sola excipitur in *d. l.* 6. §. 2. servitus oneris ferendi, quam qui debet, is quoque parietem, quo vicini aedificium nititur, reficere debet, cujus ratio exceptionis est in *l.* 33. *de S. P. U.* petita a formula, secundum quam ea servitus constituitur. (2) Estne etiam exceptio in *l.* 2. §. 7. *de aqua et aquae pluv. arc.* si fossa in agro tuo, per quam aqua e meo fundo labitur, obstructa sit, *agi tecum posse, ut reficias*; sed dicendum, vel cum Accursio, accipiendum id alternative, quemadmodum in §. 1. *d. l.* 2. *ut aut ipse purgaret, aut actorem pateretur in pristinum statum eam redigere*; vel pro *reficias* legendum *reficiatur*, ut vult Connanus *d. c.* 7. *n.* 2. *in fin.* 2.

2. (*c*) Transeamus ad divisionem. Agi hic de servitutibus rerum, jam intellectum est, scilicet, quae rebus, non personis sunt impositae.

(c) *Pos.* 4. 5.

(2) *Adde hic Hein. in not. ad Vinn.* §. 1. h. t. n. 3. *et in Elem. jur. ad* h. t. §. CCCCI.

Sed respectu ejus cui debetur, Servitus dicitur esse vel personalis vel realis. Personalis, quam res debet personae, ut usus et ususfructus, realis, quam praedium debet praedio. Praedia autem cum sint rustica vel urbana, hinc servitus praedialis porinde Rustica vel Urbana dicitur; illa rustico, haec urbano praedio debetur. *l.* 1. *de servit.* (3) Quae sint praedia urbana, quae rustica, minus liquet, quam quae servitutes rusticae, vel urbanae sint. Nam hae liquide enumerantur, de illis disputant Interpretes. Id constat, discrimen illud praediorum non peti a situ vel loco, utrum ruri, vel in urbe habeantur, quod populariter fit, sed a *materia*, teste Ulpiano in *l.* 198. *de V. S.* id est, usu et fine, ut Goeddaeus monet *in comm.* ideoque urbana praedia esse docent, quae ad habitationem; rustica, quae fructuum causa comparata sunt, quod non sine ratione Bachovius et Vinnius improbant, quos videre licet. Dixi, certius constare, quae servitutes rusticae vel urbanae sint; nec proinde erraturum puto, si quis dicere malit, praedia urbana esse, quibus conveniunt urbanae servitutes, Rustica consequenter. Nam certum est, naturalem rustici et urbani praedii significationem mutari hic ob servitutes, quae usu potius, quam loco differunt, ideoque praediorum differentia e servitutibus, non servitutum e praediis explicari debet. Atqui urbanae servitutes sunt, oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii vel fluminis recipiendi, altius non tollendi, luminum, prospectus, projiciendi, protegendique et similes. §. 1. *h. l.* 2. *et l.* 15. *de S. P. U.* Rusticae; Iter, Actus, Via, Aquae ductus, Aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae etc. *pr. et* §. 2. *h. t.* Dicendum igitur, quibus praediis hae servitutes conveniunt, Rustica; quibus illae, Urbana praedia esse oportere. Jam res loquitur, priores illas omnibus aedificiis habentibus alias aedes vicinas, competere, non tantum quae habitantur, sed horreis quoque et stabulis. *l.* 198. *de V. S.* Ideoque haec praedia urbana sunt etiam ruri, non simpliciter, sed cum juris effectu. *l.* 4. §. 1. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah.* Loca plana, ut agri, horti et aedificia sparsa per agros, sunt Rustica, quia servitutes urbanae illis nullo modo congruunt, etiamsi alioquin horti modici cohaerentes domibus urbana dicantur. *d. l.* 198. Servitutes Rusticae in solo fere consistunt; Urbanae in superficie, id est, eo quod solo imponitur. *l.* 2. *de Superfic.* Quare ubi nil nisi solum est, ibi rusticum praedium, ubi superficies sive structura positis terminis habilibus, ibi urbanum esse videtur. Quin omnia aedificia esse praedia urbana, diserte traditur, non addito, habitandi ergo. *d.* §. 1. *h. t. d. l.* 198. Atqui aedificia sunt etiam, quae ad fructus percipiendos comparata sunt. *l.* 13. §. 6. *in fin. de usufr.* Proinde cum horreo et stabulo deberi possit servitus altius non tollendi, tigni immittendi, oneris ferendi, similesque urbanae, sequitur, nec praedia esse diversi generis. Quod si habitandi finis speciem variet, sequetur, si dominus horreum stabulumve habitando aptaverit, ex rustico praedium fieri urbanum, cum in servitutibus nihil mutari tunc possit. Imo si servitutes eaedem maneant, verum est, praedia quoque ejusdem esse naturae, cujus dudum fuerint, urbana videlicet, quemadmodum servitutes. Quod autem Neratius in *l.* 2. *de servit. praed. rust.* eas servitutum species, quas modo urbanas diximus, rusticorum ait esse praediorum, speciale et abusivum est, dum quae ruri sunt, ea rustica praedia appellare videtur, popularem potius, quam Artis usum hoc loco secutus. Teneamus igitur, praedia urbana in hac materia esse aedificia quaevis contigua, Rustica praecipue agros et hortos, etiam vero domos mediis in agris seorsim sitas, etsi verum sit, posse aliquando Rusticas servitutes horreis, stabulis domibusque habitatis deberi, (4) imo etiam personis, ut dictum et adhuc dicetur. Sed aedificia per agros sparsa, praediis rusticis non urbanis accenseri, docet Neratius in *l.* 4. §. 1. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac.* cujus rei non potest alia ratio esse, quam quod usus urbanorum Servitutum, quae vicinam requirunt, in illis non potest habere locum. Sed et idem Neratius, hoc in materia servitutum potissimum, non aeque in aliis habere locum, *ibidem* docet; ac ita praeit exemplo, praediorum urbanorum et rusticorum distinctionem ab usu servitutum explicare.

S c h o l i u m.

Haec descriptio praedii urbani et rustici inde profluit, quod Auctor putat, praedia esse urbana quibus conveniunt servitutes urbanae; illa rustica, quibus rusticae. Nos vero communem opinionem sequentes, e

(3) *Sed malim dicere* : illa a rustico, haec ab urbano praedio debetur.

(4) *Sed licet rusticae servitutes aedificiis, (quae omnia cum Vinnio in hac de servitutibus materia puto esse praedia urbana) deberi possint, nihilominus erunt servitutes praediorum rusticorum : non enim vocantur Urbanae vel Rusticae a praedio dominante, uti Auctor supponit, sed a praedio serviente : nec confundendae sunt servitutes cum Juribus praediorum : servitus scilicet tantum respectu praedii servientis servitus dicitur, respectu praedii dominantis jus. Sic v. g. si habeam jus eundi per fundum tuum ad domum meam, erit servitus rustici et jus urbani praedii.*

converso illas servitutes urbanas dicimus, quae debentur praediis urbanis et contra rusticas, quae rusticis, adserimus. Vid. Strauch. VII. 6. et Struv. Exerc. 13. th. 16.

RESPONSIO.

Mea sic ratio est, quod clarius et certius est, inde petendam explicationem rerum obscuriarum et incertarum. Atqui urbana et rustica praedia quae sint incertum est, textibus et Interpretum expositionibus. Servitutes facilius discernuntur, ideoque ab his illa putamus explicari simpliciter et clare. Quanquam in definiendo nihil refugimus dicere, Servitutes urbanas esse, quae debentur urbano praedio et sic porro.

N. ADDIT.

Et mea hic ratio est, obscuras res explicare ex clarioribus et certioribus. Fateor etiam, satis dubium et incertum esse, quid interpretes per rustica et urbana praedia voluerunt intelligere. At vero nego, servitutes facilius discerni, adeoque a servitutibus praedia clare explicari. Contrarium enim ostendit Scholium paulo post adjectum ad §. 6. Ex quo patet, Autorem, dum praedia ex servitutibus voluit explicare, explicasse rem obscuram ex aeque aut magis obscura. Plura adversus hanc responsionem excepi in dissertatione de servitute stillicidii, jam Lipsiae anno 1689. habita, quae est 15. in dissertat. Lips. §. 9. seq.

3. (d) Jam rusticas servitutes primo loco recenset Imp. quarum prima est, Iter, * quod definit, *Jus eundi et ambulandi hominis pr. h. t.* Aliud est, ait Brissonius *lib.* 1. *de V. S. ambulare, quam ire, nam qui spatia facit et in sua vestigia reflectit, ambulare dicitur. It vero, qui porro et ulterius pergit.* Sed non esse id perpetuum, vel Flori ad Hadrianum versiculus iste probaverit: *Ego nolo Caesar esse, Ambulare per Britannos, Scythicas pati pruinas.* Item cum telo ambulare, id est, cum ferro incedere. *l.* 1. *pr. ad L. Corn. de Sicar.* Cicero pro Quintio; *Neminem esse, qui possit biduo, ad summum triduo, centum millia passuum ambulare.* Non est igitur necesse, ut ambulare significet animi gratia spatiari, quod servituti repugnat, *l.* 8. *h. t.* sed ultro citroque commeare ad usus praedio necessarios. Theophilus inter *ire et ambulare* parum aut nihil quoque discriminis agnoscit, uno verbo βαδίζειν utrumque complexus. Credo tamen eum, qui iter habet posse etiam spatiari per consequens, sed si definitionem τὸ spatiari ingreditur, dicendum fuerit, etiam principaliter id inesse itineri, quod verum non est. (5) Ire etiam homo dicitur, qui sella aut lectica, vel equo vehitur, *l.* 7. *et l.* 12. *de serv. praed. rust.* ubi Modestinus; iter esse ait, *qua quis pedes vel eques commeare potest.* Imo pedibus iter facere dicitur qui lectica vel equo vehitur; Pedestre enim iter navali opponitur, Cicero 5. *ad Att.* 9. *et* 10. *ad Att.* 4. *Me tamen*, inquit, *consilio juva, pedibusne Regium, an hinc statim in navim*; nisi quis putet, Proconsulem Romanum cursitasse ut pedissequum, aut etiam Augustum; de quo Suetonius *cap.* 16. cum *praeter Locros pedibus iret*; paulo ante de maritimo Caesaris itinere locutus. Sic et *pedestre* iter pro terrestri Ulpianus *l.* 1. §. 14. *in fin de flumin.* (6).

(e) Secunda rusticarum servitutum est Actus, quem finit Caesar, *Jus agendi Jumentum vel vehiculum.* ** *pr. h. t.* Quod de jumento, id de omni pecore, etsi vocum proprietas repugnet, intelligendum, ratio dictat et argum. *l.* 38. §. 4. *et* 5. *de Ædil. Ed.* Quod si tam angustus sit locus, et jumentum eo duci possit, non vehiculum, adhuc tamen Actus habetur, *l.* 13. *de Servit.* quia quod plus quam iter est, id actum necessario esse oportet. Similiter quod plus est minori inesse nequit; minus majori inest; saltem consequenter. *l.* 21. *de R. J.* Hinc qui iter habet, Actum non habet. Qui Actum, is etiam iter, et *ire* poteat non modo cum, sed et sine jumento, *pr. h l.* 1. *de S. P. R* adeo ut is qui primo actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agat, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit *l.* 58. *de V. O.* Idque ita, si actus simpliciter constitutus fit, nam ut iter et actus sunt distinctae servitutes, ita seperatim quoque haberi possunt, ut ne iter quidem per consequentiam insit actui, quod fit, si pacto vel

(d) *Pos.* 6. et 7. (e) *Pos.* 8.

(5) *Vide Hein. in not. ad Vinn. ad* pr. h. t. n. 2.

(6) *Confer de sellis et lecticis veterum elegantes meditationes Josephi Averanii interpret.* lib. 1. Cap. 30.

* Ejus latitudo Jure Civili determinata non est, licet DD. duos pedes tribuant. vid. Wesenb. *ad ff. tit. de servit. praed. rustic. n.* 1. conf. Autor. *Digr. L.* 2. *p.* 2. *c.* 12. et Menag. *Amoen. Jur. c.* 36. Jure Saxon. latitudo hujus servitutis 3. pedes continet, *W. B.* art. 129. Schultz. *Syn. Inst. h. tit. lit. A.*

** Per agrum incultum vehiculum ducere non permittit Jus Civile, *l.* 11. *C. de servit.* Saxonicum tamen, *L. R. I.* 2. *a* 47. quod in praxi limitatum, dummodo ager inde nihil percipiat detrimenti. Conf. Schultz. *Syn. Instit. h. t. lit. h.*

teslamento ita concedatur Actus, ut sine jumento ire non liceat, *l.* 4. §. 1. *Si servit. vind.* e quo principio interpretanda *lex.* 1. *de alim. leg.*

(f) Tertia est Via, quae finitur Jus eundi et agendi et ambulandi hominis. *l.* 1. *pr. de S. P. R.* Pro eundi legere admodum vellem *vehundi*, ut se vidisse in vetere MS. abscure tamen, testetur Connanus 4. *Comm. c. XI. a pr.* Adde quod Varro *lib.* 4. *de L. L. Qua agebant, actus; qua vehebant, viae dictae*, inquit, et probabile est, aliquid novi viae definitioni insertum, cum *eundi* si legas, nihil viae tribuatur, quam quod itineri et actui inest; dein quae tautologia et quae divulsio *eundi* et *ambulandi*, interjecta voce *agendi*? Quod si *vehundi* legas, ordine trium notae servitutum exprimuntur. Nam et iter et actum via in se continet, *d. pr.* expresse, quia definitionem ingrediuntur, cum actus iter non nisi consequenter trahat. In hoc primum via et actus differunt. Praeterea actus nulla est certa latitudo, *l.* 13. §. 2. *de S. P. R.* viae latitudo ex lege XII. Tab. in porrectum octo pedes habet, in anfractum, ubi flectitur, sedecim, l. 8. *eod.* ut plurimum ita, * nam pacto mutari potest, *d. l.* 13. §. 2. *l.* 23. *pr. eod.* Varro etiam *d. l.* 4. actum patere in latitudinem quatuor pedes solere tradit, *fortasse ab eo, quod et quadrupes agitur*, ait Hotomannus *hic*, quasi pecus transversum agi soleat: potius quia actus est dimidium viae, iter dimidium actus, ut Balduinus. Hinc plus juris habet via, quam actus. Nam per hace trahere lapides et tigna hastasque rectas ferre non licet, quia ob angustiam arbores laederentur, quod in via secus est. *l.* 7. *eod.* Etiam hoc interesse videtur: Via non est nisi qua et jumentum et vehiculum agi potest. *d. l.* 23. *pr.* Actus etiam est ubi duntaxat jumentum. *l.* 13. *de servit. in fine.* (7) Hae differentiae actus et viae, legum intelligendarum causa necessariae sunt: hodie vix usurpantur, sed ut fere conjunctim habentur, ita quoque appellantur *reed en drift.* Potest tamen fieri, ut alicubi differant etiamnum.

S c h o l i u m.

Jure Saxonico adhue est differentia, per ea, quae habet Schult. in syn. h. t. lit. b. c. ubi lit. a. *de itineris usu confer* Noric. addit. ad pr. h. t. *et* Philip. l. 2. Ecl. 22.

4. (g) Sunt praeterea Servitutes Rusticae, Aquae ductus, Aquae haustus, Pecoris ad aquam appulsus, et Jus navigandi. Aquae ductus est Jus aquae ducendae per fundum alienum. *in fin. princ.* h. t. Aquae haustus est jus hauriendi ex aqua aliena; nam ex aqua publica cuivis haurire licet *l.* 3. §. *ult. de S. P. R.* Sed tunc aditus ad hauriendum per fundum alienum est servitus, qui alias servituti aquae haustus inest. *d.* §. *ult.* Sunt autem praediales illae servitutes, ut et pascendi, calcis coquendae, cretae arenaeque fodiendae, lapidis eximendi, ligni ex silva caedendi, fructus cogendi coactosque habendi, *l.* 3. *et l.* 6. *de S. P. R.* quanquam si persona demonstretur, etiam personales fieri possunt, *l.* 4. *eod.* quomodo accipienda forte *l.* 14. §. *ult. de Alim. vel cib. leg.* nisi textum emendare velis ut vitiosum, quod hoc loco Vinnius aliique notant, ut hon modo legatur. *Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus; personae tamen ejus, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Cui religio est emendare, quod consistere potest, utatur priore intellectu. (8) Rustica servitus potest etiam urbana fieri, si v. e. iter vel aquae ductus urbano praedio debeatur, quin etiam per domum potest iter constitui, *l.* 7. §. 1. *et l.* 14. *Comm. praed.* qua de re ad ff. latius. (9)

5. (h) Pergamus ad servitutes Urbanas, quarum praecipuae sunt *in* §. 1. *h.*

S c h o l i u m.

Attamen, quae hic memorantur urbanae servitutes, alio loco inter Rusticas referuntur, vid. l. 2. in pr. de S. P. R. *et quae hic inter Rusticas numerantur, alibi accensentur urbanis*, vid. l. 20. §. 1. de S. P. U. *ad quos textus non facile secundum Auctoris hypothesin responderi potest, poterit tamen secundum hypothesin nostram*, vid. Strauch. VII. 6. add. Struv. 13. 7. *Quanquam ut ingenue fateamur quod res est, exiguus videtur esse usus distinctionis in servitutes urbanas et rusticas*, arg. tot. tit. Comm. Praed. tam. urb. quam Rust.

R e s p o n s i o.

Accidit huic divisioni, quod aliis in Jure definitionibus et partitionibus crebro

(f) *Pos.* 9. 10. (g) *Pos.* 11. 12. (h) *Pos.* 13. 14. 15.

(7) *Vide hic omnino Corn. van Bynkershoek observ.* lib. 4. cap. 7. *adde Auct. parte* 2. *Digres.* lib. 2. cap. 12., 13. et 14.

(8) *Adde his Wieling. lection. jur. lib.* 1. *cap.* 17. *et Auct. ab eo citatos.*

(9) *Tunc non de rustica fieri urbanam, sed servitutem rusticam manere, jam observatum est ad* n. 2 h. t.

* *Weichb.* a. 129.

evenit; ut verae sint ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut plurimum, *nec Juris autores se restringi patiuntur, quo minus vocum terminis suo arbitratu varieque utantur. Ita nos ad memoratas difficultates respondemus, ut jam dictum est, ampliusque dicetur ad Pandectas. Nec aliis respondendi mediis Scholiastes, et quos sequitur, sano sensu possunt uti.*

N. Addit.

Scripsimus istud Scholium potissimum eum in finem, ut ostenderemus certitudinem illam Servitutum urbanarum et rusticarum, tantam non esse, quantam Autor in praecedentibus eam judicavit. Adeoque haec oppositio nostra per responsionem hic positum non tollitur. Neque enim unquam dubitavimus, an respondere possit Autor, sed an respondere possit salva sua hypothesi de certitudine servitutum urbanarum et rusticarum. Atqui tantum abest, ut hoc dubium per hanc responsionem tollatur, ut potius eadem illud augeat. Si enim verae sunt istae denominationes servitutum, saltem ut plurimum, nec Juris autores se restringi patiuntur, quo minus vocum terminis suo arbitratu varieque utantur, sane servitutes urbanae istae et rusticae non sunt evidentiores praediis urbanis et rusticis; ut illae ex his definiri possint. Porro, etsi ergo eadem responsione de denominatione servitutum ab eo, quod fit ut plurimum, sim usurus, sufficit tamen, quod ea responsio meam hypothesin praecedentem potius stabiliat, qua sustinui, servitutes potius a praediis, quam praedia a servitutibus dici urbana vel rustica. Jam subsumo: Ideo servitutes quaedam dicuntur urbanae vel rusticae, quia nempe regulariter et ut plurimum, debentur praediis urbanis vel rusticis. Quod si vero aliquando contingat, ut v. gr. aquaeductus debeatur praedio urbano, tum etiam erit et dicatur Servitus urbana, et ita de caeteris similibus. Sed satis quidem disputatum est de re exigui usus et momenti, ut innuimus in Scholio, et Autor tacendo approbat. Non ita vero approbant assertum Dd. alii, qui in praxi solent esse magnae autoritatis, tres potissimum recensentes differentias inter servitutes urbanas et rusticas (1.) *Servitutes rusticas solo non usu perire, non ita urbanas* (2.) *Rusticas solum pignori dari posse, non urbanas* (3.) *Opus novum nunciari posse urbanarum servitutum nomine, non rusticarum. Sed hanc doctrinam latius refutavi, et textus eo pertinentes simul perspicue exposui*, in dict. dissert. de Servit. stillic. §. 16. ad §. 25.

Primo recensetur servitus Oneris ferendi, quae est *Jus, quo quis praestare cogitur, ut vicini aedificium suo pariete vel columna niti possit, l. 33. de S. P. U.* Quia autem servitutes sunt perpetuae, et parietes vel columnae sine refectione brevi interennt, ideo qui debet hanc servitutem, ad reficiendum quoque tenetur: formula enim servitutis hujus, quae traditur in *d. l.* 33. est haec: *Paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit*, quibus verbis qui hoc promittit, refectioni se adstringere censetur: Et haec est unica illa exceptio, de qua dixi *supr. n.* 1. *h.* cum caeteroqui nemo serviens ad reficiendum teneatur. *l.* 6. §. 2. *si serv. vind. et l.* 15. §. 1. *de servit.* (10) Affinis ei est servitus *tigni immittendi*, qua quis pati cogitur ut vicini tignum suo parieti immissum in eo requiescat. *l.* 242. §. 1. *de V. S.* Tignum generaliter omnem materiam aedificii significat, hic non nisi trabes, sit Mynsingerus; imo quidquid in parietes immitti potest, seu lignum, sive etiam ferrum aut lapidea oblungi. Putrescente fractove tigno, aliud sumptu dominantis, et prorsus simile reponere licet, per *l.* 20. *de S. P. U.* quod aliter est, si precario tignum te immittere passus sim. *l.* 14. *pr. si servit. vind.* In communi pariete non opus est servitute, verum suo jure singuli tignum immittendi jus habent, per *l.* 12. *Comm. div.*

6. (i) Sequuntur duae servitutes in textu; *ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat.* Stillicidium et quasi stillae cadium; stilla contracte a stiriola, quod est diminutivum a stiria, quae guttam significat concretam aut pendentem, *Turpis ab inviso pendebat stiria naso*, habet Martialis. *l.* 7. *epigr. ad Castricum.* Hic stillicidium est aqua guttatim de tegulis cadens. Flumen, quod continuo fluxu aquam mittit per tubulum vel canalem, ut fit. Varro *l.* 4. *de L. L. Fluvius*

(i) *Pos.* 16. 17.

(10) *Sed haec ratio*, quia servitutes sunt perpetuae et parietes vel columnae sine refectione brevi intereunt, *nihil probat, cum exinde sequeretur etiam in servitute tigni immittendi refectionem ad dominum praedii servientis pertinere. Unica itaque ratio desumi potest ex formula, qua veteres solebant uti in impositione hujus servitutis. Consule Hein. in not. ad Vinn.* §. 1. h. t. n. 8. *et in elem. jur. ad* h. t. n. CCCCI.

quod fluit, item flumen, a quo lege praediorum urbanorum scribitur, Stillicidia fluminaque, ut ita fluant cadantque.

Flumen fluere, stillicidium casitare, quod est frequentativum a cadere, dicitur. Hinc qui stillicidii jus habet, inferius demittere tegulas unde casitat, non potest, attollere potest; nam ex alto lenius cadit et saepe direpta spargitur aqua; deprimendo tectum, gravior fit servitus, *et pro stillicidio flumen*, ait *l.* 20. §. 5. *de S. P. U.*

(k Sed verba textus modo relata geminam servitutem inculcant, *Recipiendi* still. vel flum. et *non recipiendi*. Hujus rei duplex interpretatio est, una talis; Servitutem recipiendi esse, eum quis pati cogitur, ut vicini aqua stillet aut fluat in suas aedes, aream, aut cloacam, quod alias pati nemo cogitur, *l. ult.* §. *pen. Quod vi aut clam.* neque de hoc articulo dubitatur. Non recipiendi servitutem plerique volunt eum habere, qui potest cogere vicinum, ne is aquam de suo tecto labentem excipiat, verum vicino permittat, quae servitus est utilis, ait Pacius *hic*, ubi est aquae inopia, ut in Ægypto; velut, si cisternam habeas, pergit Mynsingerus, cui quantum satis est implendae, stillicidia domus tuae non sufficiunt, vel hortos tuis aedibus contiguos, qui ex vicini tui stillicidiis commode possint irrigari. Bachovius, *Recipiendi et non recipiendi* unam eamdemque vult esse servitutem, affirmative aut negative appellari diverso dominantis et servientis respectu, vel a formulis confessoriae et negatoriae actionis, quae contrarias quidem nominationes habeant, sed unam tamen servitutem designent; subtiliter quidem, si non ita nimis inepti Auctores Juris videbuntur, quod tam otiosa tautologia bis idem iisdemque locis inculcent; cur non idem fecerunt in servitutibus oneris ferendi, tigni immittendi, aliisque, ubi aeque rationes istae obtinebant? Cur non et ibi dixerunt, oneris ferendi vel non, tigni immittendi vel non immittendi? Alii, quos inter Vinnius *hic*, in servitute non recipiendi, praesupponunt statutum aut consuetudinem, qua cuivis jure ordinario liceat stillicidium vel flumen immittere in solum vicini, isque hoc pati et aquam recipere cogatur. Qui si malit eam non recipere, servitute opus esse ne recipiat aquam vicini.

S C H O L I U M.

At quomodo? Certe non nisi hoc modo, ut vicinus cogatur avertere stillicidium; sed obstat l. 15. §. 1. de Servit. *vide quae notavi ad* Strauch. VII. 12. 85. seq. *qui explicationem servitutis hujus ab auctoris expositione non absimilem tradit.*

R E S P O N S I O.

Argumentum ex l. 15. §. 1. *est, quod avertere sit factum, quod servitus non recipit; sed tenendum, Servitutem in hoc consistere, quod domino aquam suam immittere in solum vicini non liceat: aliud in ipsa servitute non continetur. Si quid facere cogatur in suo, ne aquam immittat, de hac consequentia ipse viderit; ad servitutem illa non pertinet; non magis quam si quis ire, agere prohibitus, iter novum sibi facere cogatur.*

N. A D D I T.

Forte conciliatio fieri posset, si distinguas utrum vicinus aedificium jam extruxerit, an illud sit adhuc extruendum. De priori casu locutus sum in Scholio, et hic ista noviter constituta servitus consisteret in puro facto, scilicet in aversione stillicidii quod hactenus casitaverat in aream vicini. Aliter se res habet casu posteriore, de quo intelligo Autorem, ubi servitus consistit primario in non immissione.

Rectius statutum ita, quam pactum supponitur, quo servitus recipiendi antea sit constituta, quemadmodum Theophilus. Si enim tibi primo servitutem recipiendi stillicidii debeam, dein paciscar ne debeam, nihil hoc aliud est, quam praedii mei libertas restituta. Grotius *l.* 2. *Jur. Holl.* c. 34. praeter servitutem stillicidii recipiendi, quam vocat *Drop*; agnoscit alteram, *Dropvang*. Illa onus, quo cogimur vicini aquam recipere. Haec vero Jus, quo alterius aquam nostro commodo recipimus, quae est eadem cum servitute non recipiendi stillicidium, ex mente Pacii et Mynsingeri; cui tamen verbotenus magis conveniunt termini *legis.* 2. *de S. P. U.* stillicidii *avertendi*, vel non *avertendi*; Ut servitutem avertendi habeat is, qui potest dimittere aquam super vicinum; *non avertendi*, qui aquam suam proprio arbitratu avertere nequit; sed in usum vicini relinquere debet. Nec obstat, quod haec explicatio de non avertendo, servienti aliquod factum, nempe ut aquam derivet ad vicinum, tribuere videatur; neque enim facti speciem hoc ullam habet, quia permittitur solummodo cursus aquae de tegulis, quem sponte habet, nec aliud eo casu fit, quam in simplici jure stillicidii.

7. (l) Sequitur apud Justinianum *d.* §. 2. Servitus *ne altius quis tollat aedes suas.* Quod extra casum servitutis, nemo facere prohibetur, *l.* 8. *c. de Servitut.* in infinitum quoque, *l.* 14. *de S. P. U.* et cum incommodo

(k *Pos.* 18. 19. (l) *Pos.* 20. 21.

vicini, *l.* 9. *eod.* modo legitima ab illo distaotis, *d. l.* 14. quibus nihil obatant *l.* 30. *de Usufr. l.* 10. *in f. de S. P. U.* docent enim heredem aedes a testatore legatas non posso penitus obscurare, sed quantum ad diorni luminis moderationem oecessarium est, relinquere debero; hic beneficium defuncti, quod totum praestare debet, inutile relinquere non debet, quae ratio io herede specialis ad alios non pertinet. Idem inculcat Scholium *ad posit.* 25. Ergo qui vicinis nullo jure suot obstricti, pro arbitratu aedificare possunt, sine respectu ad alterius commodum vel incommodum. Nam qui suo jure utitur, is per alterius incommodum impediri nequit, *l.* 137. §. 4. *de V. O.* et hactenus io suo cuique facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. *l.* 8. §. 5. *Si servit. vind.* Verumtamen humanitas et civilitas saepe aliud flagitat. Nec alienum erit a Magistratus officio videre etiam hactenus, ne malitiis indulgeatur, praesertim si quis voluptuose aedificet aut vexaodi causam habeat (πῆμα κακὸς γείτων.) Unde cum laude memoratur judicium Theophili Imperatoris, qui *Petronae* nobilis et poteotissimi hominis superbam domom funditus evertit ad querelam pauperis viduae, cujus lumioa aedificando penitus ille corruperat, referente Besoldo, *cap.* 6. *Hist. Constantinop. ex Manasse*, cujus versus retulimus *l.* 4. *Digression. c. ult.* Est etiam exceptio io *l. ult.* §. *ult. C. de servit.* de area triturao frumeoti destioata, quam ad rem, ut olim fiebat, aëre ventoque opus erat libero, quem aedificaudo vicinus ab Area tali excludere prohibetur, quia tum paleae secerni a frugibus oequeuot; quod speciali aooonae causa placuit.

(m) Jam qualis eat Servitus altius tollendi? Bachovius idem hic sentit, quod modo de stillicidio diximus, unam esse eandemque servitutem, *altius tollendi atque non tollendi.* Sed, inquam, ioeptum est credere JCtos tam fuisse ioeptos, ut rem eandem contrariis toties verbis inculcarent, quod faciunt in *l.* 1. *et l.* 2. *de S. P. U. l.* 2. *de S. P. R. et l.* 7. §. 1. *Comm. praed.* §. 2. *I. de Act.* Bachovium tam luculenter et perspicue D. Vinnius refutavit, ut nobis otium fecerit, sufficiatque ad refelleodum docere, quae sit igitur servitus altius tolleodi. Sunt qui dicant, eum debero hanc servitutem, qui teoetur suum aedificium altius in nostrum commodom tollere, ut veotum aut solem oimis liquidum avertat; sed hoc aperte oaturae servitutis repugoat, qoao servientem ad factum, quale hoc est, non obstringit, sed ut supra diximus, ad patiendum dumtaxat, vel non faciendum; nisi quis hunc esse dicat usum servitutis illius, ne is, qui pariatem ad certam altitudinem habet aedificatum, eum submittere possit, quod tameo nec ita quidem videtur. Verius est, servitutem Altius tolleudi praesupponere statutum vel morem civitatis, quo ultra certam altitudinem vicino invito, nulli aedificare liceat; proinde si quis formam consuetam supergredi cupiat, id ei a vicino impetrandum, servitute adquisita. *l. pen.* §. 1. *C. de aedif. priv.* Cujusmodi facultas, ut reliquae servitutes, longa etiam prescriptiooo adquiri potest, *l.* 1. *C. de servit.* atque hoc esse videtur, quod de forma ac statu antiquorum aedificiorum scribitur in *l.* 11. *pr. de S. P. U.* Etiam Tacitus memorat, 15. *Ann. cap.* 43. post incendium Romae, novam aedificatiooem legibus ordinatam fuisse, oe, ut post Gallica incendia, oulla distinctiono, oeo passim insulao erigerentur, sed dimensis viarum ordinibus et latis insularum spatiis, *cohibita aedificiorum altitudine*, ac patefactis areis additisqoe porticibus. Etsi autem publica fuerit do altitudine domuum constitutio, tamen eam pactis usuque privatorum mutari potuisse, probatur ex *d. l. pen.* §. 1. *et l.* 1. *C. de Servit.* Unde Ulpianus in *d. l.* 11. §. 1. *Si inter te et vicinum non conveniat, ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris.* Si invitis nobis vicinus altius tollere nequeat, Ergo cum id pati cogimur, servitutem eam esse oportet. (11)

8. (n) Postrema apud Justinianum *d.* §. 1. verba sunt, *ne luminibus vicini officiat*, quibus verbis, ait Vinnius, non videtur hoc loco nova demonstrari servitus, sed finis propositae. Et esse haoc unam servitutem cum *altius non tollendi*, traduot Donell. 11. *Comm.* 5. Bronchorst. 2. *antin.* 5. D. Wissemb. XI. *ad Inst.* 16. oec aliter Theophilus; Μὴ ἐξεῖναι ἀνυψῶσαι τὴν σὴν οἰκίαν, καὶ ἐντεῦθεν ἀφαιρεῖσθαι τὸ τῆς ἐμῆς οἰκίας φῶς. *Non licere altius tollere domum tuam, atque ita meae domui auferre lucem.* Licebit hic tameo regerere, quod modo Vinoius Bachovio objecit, verisimile non esse JCtos unam servitutem duabus formulis iisdem locis significare, quin potius diversitatem terminorum res quoque diversas arguere in *hoc* §. 1. *et in l.* 2. *de S. P. U.* Imo constat servitute ne lumioibus officiatur prohiberi quodcunque fit ad lumioia impedimentum, *l.* 15. velut

(m) *Pos.* 22. (n) *Pos.* 23.

(11) *Confer. Hein. in elem. jur.* ad h. t. §. CCCCV. *ubi refert etiam sententiam A. A. Pagenstechert in sicilim. Manip.* III.

si quis arborem ponat, *l.* 17. *pr. eod.* ubi *in* §. 2. *Interdum dici potest*, *eum quoque*, *qui tollit aedificium vel deprimit*, *luminibus officere*, quae verba evidentissime diversitatem ostendunt. Verum est, quod Servitus altius non tollendi eum maxime finem contineat, ne luminibus officiatur, *l.* 4. *eod. tit.* sed non ideo, qui cavet ne luminibus officiatur, hoc solum vetat, ne altius aedificetur; sed ne ullo modo lumen intercipiatur; quod aliter quam aedificando fieri posse, res et usus docet.

Sed nec illud verum est, quod vult Bachovius, Servitutem luminum esse eamdem cum servitute ne luminibus officiatur; eadem ratione, qua modo de stillicidio recipiendo vel non, altius tollendo vel non, audivimus. Ideoque miror, ipsum ab hac sententia Vinnium non esse alienum, quando apertissime separantur hae servitutes in *d. l.* 4. Quid servitus luminum sit, missis, quae copiose hac de re disputant alii, docere videtur Paulus *l. pen. eod. tit. Eos*, *qui jus luminis immittendi non habuerunt*, inquit, *aperto pariete communi*, *nullo jure fenestras immisisse*, *respondi.* Modo dixit, servitutem luminum esse, qua vicinus lumina nostra excipere cogitur; id hic jam interpretatur, quando jus immittendi luminis in parietem alienum vel communem coecum habemus, ut eo aperto fenestraque imposita, lux et sol ad nos transmittatur, quod vicinus alinqui minime pati cogeretur. Ea explicatio procul dubio aptissime Paulo convenit in *d. l.* 4. *ut vicinus lumina nostra excipiat*. A lumine differt prospectus: Nam ad illud sufficit coelum videri, nec aliter quam ex superiore loco, prospectus etiam *ex* inferiore venit, *l.* 16. *eod.* Qui debet servitutem ne prospectui officiatur, nihil facere potest, quo liber et gratior prospectus impediatur; qui *ne luminibus*, id saltem, ne coelum obscuretur. *l.* 15. *eod.*

9. (o) Post enumeratas servitutum species, docet Imperator, ideo praediales vocari has servitutes, quia tam qui debent, quam eos quibus debentur praedia habere oportet, neque sine praediis constitui possunt, §. 3. *h. l.* 1. *Comm. Praed.* nempe quatenus jura in re adquisita sunt, nam promitti servitutem posse etiam ei aedificio, quod nondum est, ut effectum habeat ubi structum fuerit, nihil impedimento est, non magis quam ne aquaeductus constituatur, aqua licet nondum inventa, *l.* 23. §. 1. *de S. P. U. et l.* 10. *de S. P. R. et l. ult. Si serv. vind.* ut etiam promittere viam is potest, qui fundum non habet. *l.* 25. §. 10. *ff. Fam. ercisc.*

10. (p) Causae, quibus servitutes constituuntur, sunt remotae vel proximae. Remotae videntur, quas simpliciter vocamus *causas*, quae actionem duntaxat personalem ad adquirendas servitutes pariunt, ut sunt pactiones et stipulationes, de quibus in §. *ult. I. de servit.* per *pactiones* non utique nuda et sola pacta, sed quae contractibus in continenti adjiciuntur intelligemus, ex quibus actio efficax proficiscitur, *l.* 7. §. 5. *de pact.* possunt etiam verba *pactionibus atque stipulationibus* conjunctim accipi, quia moris erat pactiones nudas firmare stipulationibus; has illis subjicere, unde Africanus in *l.* 33. *in fin. pr. de S. P. R.* recte esse servitutem impositam ait, *maxime si pacto stipulatio subdita sit*; quo sensu nuda pacta per stipulationes sumere effectum dicuntur in *l.* 45. *de pact.* Proximae servitutis causae vocari solent *Modi*, partimque sequuntur conventionem, partim sine ea servitutem immediate producunt. Prioris generis est cessio in jure, de qua Ulpianus *tit.* 19. §. 9. et Paulus in *l.* 39. *de S. P. U. et l. ult. Comm. praed.* Sed hodie modus adquirendi servitutem proximus est patientia usus, ut dix ad §. 41 *supra de R. D.* cum is, qui debet servitutem, patitur vicinum in fundo suo aliquem actum servitutis instituere.

SCHOLIUM.

Sed patientia tantum requiritur in servitutibus adfirmativis. In negativis per solam promissionem constituitur servitus. Dix. ad Strauch. VII. 18. 88. et seqq.

RESPONSIO.

Ita est; nam Res loquitur, in servitutibus, quae ad non faciendum pertinent; initium a patientia intelligi magis, quam actu aliquo externo celebrari.

Igitur Cessio illa et patientia sequuntur pactiones et stipulationes, quarum hae sunt causae, illi vero modi, quibus servitutes constituuntur; sed cum in testamento relinquuntur, (quod ut fiat, videndum in *d.* §. *ult. et l.* 6. *comm. praed.*) non minus plene et immediate servitutum quam aliarum legata rerum adquiri videntur, ita ut, quemadmodum caetera legata dominos ipso jure faciunt legatarios, *l.* 80. *de leg.* 2. sic servitutes etiam legatae, sine facto heredis statim perfecto jure competant, ut continuo vindicari possint. *l. ult. de servit. leg. et l.* 19. §. 1. *Quemad. servit. amitt.*

(q) Postremus adquirendae servitutis modus est, *diuturnus usus et longa quasi possessio*, *l.* 10. *pr. servit. vind.* non igitur usucapio, *l.* 43. §. 1. *de A. R. D.* quoniam hujus fundamentum est possessio, *l.* 25. *de usuc.* servitutes autem, ut omnia incorporalia, non vere,

(o) *Pos.* 27. (p) *Pos.* 24. 25. (q) *Pos.* 26.

sed ficte, et *quasi* possideri ootum est. *l.* 43. §. 1. *de A. R. D. et l.* 3. *pr. de adquir. vel. amitt. poss.* Tametsi vero idem tempus* praescribendis servitutibus, quod usucapiooi corporalium rerum, coostitutum est, caetera tameo usucapionis requisita hic non exiguutur, maxime titulus habilis et booa fides; nam io praescriptione servitutum necesse non est docere quo jure, vel titulo servitutem adquisieris, tantum ut ostendas, per aonos forte tot usum te, non vi, non elam, non preeario, *d. l.* 10. *Si s rvit. vind.* quod saoe in servitutibus speciale est: quando satis constat, in usucapione et longi temporis praescriptione, booam fidem titulumque alioqui praecise requiri. *l. un. C. de usuc. transf. l.* 4. *et l. ult. C. de praescr. longi temp. l.* 24. *C. de R. V. et l* 8. *pr. C. de praesc.* 30. *vel.* 40. *ann.* Scriptum quidem est in *l.* 2. *de servit.* exemplo rerum immobilium illis praescribi, sed haec verba recte ad tempus, noo ad titulum referunt Fachin. 13. *contr.* 83. Broneh. *cent.* 2. *ass.* 93. Et haec quidem sententia de titulo, satis communiter negative recepta est; (12) sed e contra scientiam domioi, adversus quem praescribitur, requiri, communiter Dd. statuuot, teste Brooch. *cent.* 2. *ass.* 7. tuetuique eam contra Treutl. Bachovius *vol.* 1. 17. 9. *c.* Sed verius esse, quod nec scientia requiratur, primo eitata *lex* 10. probat, quae nibil exigit quam usum tot annorum; dein *lex ult. C. de praescr. long. temp.* diserte scieotiam, vel ignorantiam, in praescriptione loogi temporis non attendi docet; *eodem observando*, subjicit confestim, *et si res non soli sint, sed incorporales, veluti usufructus et caeterae servitutes*; cui accedit, quod vix praesumendum sit, ignorasse dominum per tot annos usum servitutis io suo praedio, vel si nesciverit, sibi id imputandum habeat; praescribenti sane probatio talis scientiae impooi nequit. Initium praescriptionis ab usu libertati cootrario ducendum, ex his, quae dicta suot, facile colligitur.

Scholium.

In servitutis scilicet affirmativis. In negativis autem Servitutibus initium temporis currit a prohibitione domino praedii servientis facta. Not. ad Strauch. VII. 19. pag. 19.

Responsio.

Cum dicimus, praescriptionem servitutis incipere ab usu contrario, non vi, clam, vel precario instituto, id de his, quae in non faciendo consistunt, intelligi non posse, rursus manifestum est. Recte monet igitur de his Scholiastes.

TIT. IV.

DE USUFRUCTU.

I. Continuatio, et definitio ususfructur explicata. II. Divisio in generalem et specialem. III. In verum et quasi usumfr. et differentia inter verum ac quasi usumfr. IV. De cautione fructuaria. V. De constitutione ususfr. obiter. VI. De modis quibus finitur ususfructus, ubi de morte. VII. De non usu. VIII. De cessione. IX. De rei interitu et mutatioue. X. De cousolidatione. XI. De usufructu pro parte finito, obiter.

(a) Servitutes, ut pridem diximus, sunt praediales, vel personales. *l.* 1. *de Servit.* Illae praediis debeutur sine respectu ad certam personam, etsi per mille manus hoc ambulet: atque hae reales nomen servitutum κατ' ἐξοχὴν sibi vindicant: *Rub. D. C. et Inst. de Servit.* imo ususfructui quandoque opponuntur, ut in §. 9. *inf. de Legat.* Personales suot, quando Res obooxiae sunt certis persoois, iisque solis utilitatem praestant nec in alios transferri queunt: Cujusmodi suot Ususfructus, usus et habitatio. Vocantur etiam hominum servitutes in *l.* 15. *de Servit.* looge tamen diversae a servitute persooarum, de qua dictum in *libro primo.* Nam io illa homo servit, io hac res servit homini, illa ad statum, haec ad utilitatem

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

(12) *Putarem tamen titulum et bonam fidem requiri, dum servitus a vicino non domino mihi concessa est. Quod si patiente vero domino longo tempore servitute usus fuero, tum, quia patientia domini pro titulo habetur, non erit mihi necesse docere de jure quo servitus constituta est. Vide sis de lege Scribonia et usucapione servitutum Joann. van de Water observ.* lib. 2. Cap. 18. *et Greg. Majansio disput.* 6. *Quibus adde Auct. parte* 2. *Digress.* lib. 2. cap. 17.

* Apud Sax. sine discrimine 31. ano. 6. sept. 3. d. praescriptione servitutes adquiruntur. 2. L. R. 1. 1. a. 29. Carps. p. 2. C. 4. *Def.* 8.

pertinet. Definitur Ususfructus, quod sit *Jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia*, *pr. I. h.* Quam definitionem aliqui justo esse latiorem, quia conveniat marito quoque et emphyteutae, vasallo, colono, creditori antichretico et similibus. Quod ut evitent incommodum, verbum *Jus* pro servitute accipiunt, quod recte improbat D. Vinnius: Censeo autem, nulli istorum congruere hanc definitionem; nam maritus respectu dotis non habet jus in alienis, sed in suis rebus, quia naturaliter et civiliter dominus est, ut *infra* videbimus. Reliqui omnes, tametsi alienis rebus suo modo uti et frui videantur, nemo tamen ex hac definitione quid sit Emphyteusis, Feudum, Locatio, ἀντίχρησις, intelliget, cum singula pluribus constent requisitis. Nec videtur posse aliquod jus proferri, cujus naturam haec definitio plene exprimat, praeter usumfructum. *Rursus*, ait Clar. Wissenbach. *disp. ad Inst.* 12. *th.* 3. *Haec definitio videtur esse angustior suo definito, quia non convenit quasi usufructui, in quo rerum substantia non manet salva*, adeoque genus hoc esse analogum et πρὸς ἕν alteri tantum speciei conveniens, censet. Ego putem, quasi usumfructum prorsus non esse usumfructum, sed jus quoddam ei simile et affine, ideoque nec definitionem ei congruere oportere, quod Justinianus perspicue docet *in fine* §. 2. *h. t.* et Gajus in *l.* 2. §. 1. *de Usufr. ear. rer.*

(b) Dominium igitur plenum duas quodammodo partes habet, Jus, quo res nobis propria est, et Emolumentum rei, quod ususfructus vocatur. Idque vel proprietatem comitatur, vel per se ac separatim subsistit. *l.* 126. §. 1. *de V. O.* In priore sensu pro parte dominii habetur, per *l.* 4. *de usufr. et l.* 70. §. 2. *de Fidejus.* Unde, cui fundus est legatus, huic etiam ususfructus censetur relictus, nisi expresse additum sit, fundum legari detracto usufructu, *l.* 19. *de usu et usufr. leg. et l.* 6. *de us. ear. rer.* qui textus docent, si uni relinquatur fundus simpliciter, alteri ususfructus, quod tum prior nudam proprietatem solus et usumfructum cum altero communem habeat; idemque perinde obtinebit, etsi proprietas fundi legetur uni, et alteri ususfr. *l.* 9. *de usufr. adcresc.* quae subtilitas a simplicitate praxeos hodiernae aliena judicatur a D. Groenewegio *de LL. abr. ad d. l.* 19. adeoque abrogatum esse illud jus, fidenter affirmat Autumnus, *in cens. Gall. ad d. l.* 19. Sed Grassus illam Juris Rom. sententiam inter eas quae praxi receptae sunt refert *Recept. sent.* §. *legatum. quaest.* 25. *n.* 3. et Mantica, *l.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 6. *n.* 17. *et seqq.* hoc ipsum in legato particulari ut certum et notum refert, sed in hereditate et legato usufr. universali secus obtinere, ita ut cum Testator primo heredem ex asse instituit, dein usumfr. omnium bonorum alteri legat, heres in usumfr. non concurrat, nisi additum sit, cum pleno eum dominio institui, quod discrimen textus praedicti, nominatim. §. 1. *h. t.* facile ferunt, qui in terminis legati fundi et ususfructus ejus, non de proprietate sub titulo heredis comprehensa loquuntur, quoniam haec singularum rerum dominia non afficit ita, ut a titulo heredis separari nequeant: quemadmodum legato fundo, cujus vis non nisi proprietate ac usufructu impletur. Quid si ususfr. omnium bonorum tibi, fundus Titio legetur? Verius videtur, Fructuarium generalem concurrere etiam in fundi usumfructum, aliter quam si ususfr. fundi Titio legatus fuisset, ut latius iidem Auctores.

(c) Ex his facile judicari potest distinctio ususfructus vulgata in *Causalem* atque *Formalem*: Causalis dicitur, qui cum proprietate conjunctus est, Emolumentum quod dominus habet in re sua; Formalis, qui in rebus alienis consistit. Fatendum causalem usumfructum, si rem potius quam vocem consideremus, non esse nihil; neque enim dubium, quin dominus usumfructum rei suae alteri concedere possit. *l.* 63. *h. t.* Quod quis autem dat alii, hoc ipsum habere necesse est, vel formaliter, vel saltem, ut Scholastici, causaliter, sive virtualiter. Sed non ideo usumfructum recte in causalem et formalem dividi concedimus. Species enim, quae cum genere suo non habet idem genus commune, species legitima esse nequit; *ὑπὸ τὴν αὐτὴν διαίρεσιν δεῖ τὸ γένος τῷ εἴδει εἶναι*, *Genus et species sub eadem partitione consistere debent*, Arist. 4. *Top.* 1. atqui ususfructus, de quo hic agitur, genus habet Servitutem; Causalis ususfructus non est Servitus, quia res sua nemini servit, *l.* 5. *si ususf. pet.* idque omnes fatentur, proinde nec fieri potest ut ususfruct. duas habere species dicatur, Causalem atque Formalem. Ne igitur praeter necessitatem dialecticos terminos in Artem Legum invehamus, praestat dicere, quod Ususfructus aut pro emolumento rei propriae, aut pro servitute capiendi fructum ex re aliena sumatur; ac ita divisio non species oppositas, sed tantum diversas significationes vocabuli *Ususfructus* infert. *l.* 21. §. *pen. de except. rei jud.*

4. Est igitur, ut dictum, Ususfructus hoc loco, Jus alienis rebus utendi fruendi, continens omne emolumentum omnemque redditum, qui ex re quovis modo percipitur, *l.* 7. *pr. et l.* 9. *h. t.* seu per ipsummet sive per colonum

(b) *Pos.* 6. *et* 7. (c) *Pos.* 3. 4. 5.

fundus colatur, adeo quidem, ut fructuarius conductorem a domino impositum, nisi expresse id prohibitum, expellere possit, *l.* 59. §. 1. *h. t.*

(d) Absolvunt porro Ususfructus naturam verba definitionis; *salva rerum substantia* id est, ut Theophilus interpretatur: *ἐφ' ὅσον αὐτὰ τὰ πρωτότυπα σώζεται πράγματα*, *quoad usque res ipsae principales salvae manserint*, quam explicationem Giphanius praefert vulgatae Interpretum, qui his verbis officium fructuarii, ne rem perdat vel corrumpat, designari putant: in quem finem versu sequenti; *est autem etc.* legi vult, *est enim*, ut habetur in *l.* 2. *de Usufr.* unde hoc principium est desumptum, prout Theophilus *ἐπειδὴ γάρ*. Sed dubium non est, quin *et hoc et natura rerum*, in quibus ususfructus constitui potest, his verbis significetur; quae scilicet ejusmodi esse debent, ut earum substantia utendo non consumatur, uti fundus domus, pecus, supellex. Denique et officium fructuarii iisdem verbis inculcatur. Ita enim uti et frui debet, ut rem non deteriorem, nec aliter quam bonus paterfamilias in re sua faciat; Proinde, ne res consumantur, corrumpantur, aliamve in formam transmutentur, *l.* 13. §. *pen. l.* 44. *l.* 61. *d. t. de Usufr.* quare etiam rem suis impensis reficere debet, nisi tanta opus sit impensa, ut usumfructum derelinquere malit, *l.* 61. *d. t.* quod tamen ei non permittitur, si suo suorumque facto culpave res deterior reddita sit. *l.* 65. *et sequ.* Heres certe reficere non cogitur, ne quidem si vetustate jam deterius factum reliquisset testator. *d. l.* 65. §. 1. Hinc etiam sequitur, si ususfructus rei e pluribus congregatae sit relictus, eam semper integram, substitutis in locum deficientium novis, oportere praestari, quod in vineis, hortis, silvis, arboribus in demortuarum locum adserendis, usum habet. *l.* 68. §. *ult. l.* 69. 70. *et l.* 18. *eod. tit.* Idemque de grege tradit Caesar in §. 38. *inst. de A. R. D.* scilicet in locum demortuarum pecudum alias e foetibus esse substituendas, non aliunde comparandas, ut grex integer subsistat, cum, si pecudum ususfr. esset relictus, singulorum morte tam proprietas quam ususfructus periisset.

2. (e) Definitionem sequitur divisio ususfructus in *Generalem et Specialem.* Generalis est omnium bonorum; Specialis in rebus certis consistit. Generalis ita valere dicitur, si non excedat dodrantis aestimationem, habetur in *l.* 29. *de usuf.* quod Vivianus ad *d. l.* ita accipit, usumfructum omnium bonorum legari posse, *praeterquam in quarta quae debeat heredi remanere de bonis* ratione legis Falcidiae; male, nam tum heres plus quam pro lege Falcidia haberet, quartam liberam et proprietatem totius nudam. Ceterum, quibus legitima competit, his jam non quarta, verum legitima portio salva esse debet, hoc est, triens vel semis omnium bonorum, qua de re *ad tit. de Inoff. testam.* Rectius Accursius, quod in tali legato oporteat *aestimari proprietatem et usumfructum*, quia potest *minus valere proprietas quam ususfructus*; imo fieri posse oportet, ut ususfructus pluris sit quam dodrans omnium bonorum, veluti hoc modo: Si ponas usufructuarium esse victurum per XXX. annos, quod est maximum, ex *l.* 68. *ff. ad leg. Falcid.* praesumasque adeo reditus quincunces, id est, quinque de centum quotannis, usurae quidem superabunt dodrantem, nec interusurium faciet ut pluris sit dodrans praesens substantiae, quam expectatio redituum per totos XXX. annos: Sed ut reditus quincunces, imo trientes, ubique et indistincte ponantur, vix habet civilem facultatem. Simplicior est Aristonis sententia, Juliano probata in *l.* 1. §. 9. *ad Leg. Falcid.* quartam fructuum partem quotannis esse deducendam, idque Curiae Parisiensi placuisse testis est Costalius *ad l.* 19. Ex facto tamen scio, proprietatem sortis XVIII. millium, cujus ususfructus erat relictus juvenculae viduae, aestimatam esse III. M. et DC. ac ita venditam esse quasi justo pretio, quo facto ususfructus longe dodrantis aestimationem excedebat.

3. (f) Haec fuit prima divisio, missa doctorali in causalem et formalem, de qua modo. Receptior et notior est divisio in Verum et Quasi usumfructum, quam ex sequentibus intelliges.

Generalis ususfructus ad omnia bona aequaliter pertinet, etiam ad ea, quorum substantia salva manere nequit, cujusmodi omnes sunt res, quae usu consumuntur, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata, item lana, odores, aromata, *l.* 11. *de usufr. ear. rer.* esculenta denique et potulenta, quae neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum, ait Justinianus *in* §. 2. *h. t.* per naturam enim fieri nequit, ut illis rebus utamur fruamur, quin ipsae pereant, quod et civili rationi, quae restitutionem ejusdem corporis requirit, adversatur. *Non debet ea mulier*, inquit Tullius in Top. *cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis putare id ad se pertinere.* Postquam tamen de his etiam rebus quasi ususfructus est constitutus, earum quoque jus, ut pecuniae, sub usufr. generali continetur. *l.* 24. *de usu et usufr. leg.* Nec tamen ideo Ususfr. in duas species recte dividitur, quia fungibilium rerum per Naturam ususfr. dari nequit. Proinde rectius

(d) *Pos.* 8. 9. 10. 11. (e) *Pos.* 2. (f) *Pos.* 13. 14. 15. 16.

dicitur, de iis aliquod jus affine usufructui constitutum esse, quo rerum istarum transfertur dominium, sub hac lege, ut finito usufructu, tantundem; vel aestimatio restituatur; quod jus vocatur Quasi-ususfructus. *d.* §. 2. Ejusque differentia a vero sic satis perspicua est, quod nec in re aliena sit, nec salvam relinquat substantiam. Quippe in hoc dominium, in vero usus duntaxat et emolumentum transfertur. In hoc sunt quantitates Resque eodem in genere, in vero eadem species restituitur. In hoc, inquam, sunt quantitates, in illo corpora. Ex quibus colligitur, vestimentorum non esse quasi, sed verum usumfructum, quia diserte scriptum est in *l.* 15. §. 4. *h. t.* vestimentorum non habere se ut quantitatis usumfructum et quia vestis in eadem specie restitui potest an solet. *l.* 9. §. *pen. Ususfr. quemadm. cav.* Quod autem in *d.* §. 2. habetur, vestimentorum esse quasi usumfructum, id ita comparatum est, ut vel inviti opinionem Triboniani consulto vel errore contrariantem agnoscere cogamur; nam conciliationes, quae proferuntur, dilutiores sunt quam ut consistere possint. Frustra dixeris, vestes consumi, quas diu videmus integras usurpari, cum aliarum rerum usus in continuo abusu consistat. Deteritur potius et longo usu minuitur, quod ipsum in animantibus aliisque rebus fit, quarum verus ususfructus est. Notandum tamen hic, quod Pomponius monet in *l.* 28. *de Usufr.* pecuniae veteris et rarioris, quae non erogandi sed ostentandi causa habetur, usumfr. posse verum, instar gemmarum, constitui.

(g) Porro, quia ad exemplum Ususfructus Quasi usumfructum Senatus ordinavit, *d.* §. 2. non est dubium, quin iisdem modis, quibus verus ususfructus, constitui possit, tam contractu, quam testamento; quamquam alii, quos inter Wesemb. *in fin. tit. de usufr. ear. rer.* non nisi per legatum id posse fieri censeant, quia et hujus tantum mentio fit in *d.* §. 2. *et l.* 1. *ac toto tit. de usuf. ear. rer.* et quia hoc jus inter vivos constitutum naturam Mutui indueret, quod adeo certum Hotomannus putat, ut ridiculum censeat de hoc jure inter vivos quaerere constituendo. Sed mentio legati in illis textibus, recte dicitur, frequentioris exempli causa fieri; confusio autem cum Mutuo non est metuenda, quia hoc jus stipulatione ante dationem rei, *l.* 10. §. 1. *eod.* mutuum non nisi traditione perficitur; In mutuo non nisi Res in eadem genere, in Quasi-usufructu justa rerum aestimatio restituitur, et quidem, si is qui habet hoc jus moriatur aut capite minuatur, *d.* §. 2. *l.* 7. *d. t.* (aliis modis non finitur quasi-ususfructus, *l.* 9. *d. t.*) cum quod mutuo datur, omni tempore possit repeti. Denique, mens contrahentium haud difficulter e verbis eorum colligi potest, quae vix adeo obscure concipi queunt, ut inde non liqueat, mutuum an usumfructum partes contrahere voluerint.

4. (h) Officium fructuarii esse diximus, ut rebus ita fruatur, quo salva sit earum substantia, in quem finem *cautio* tam in vero quam in usufructu *quasi* ita dicto, exigitur. Utrobique cautio necessaria est, * verum in quasi usufructu potest etiam dici *essentialis*: quia, cum ususfructus rerum fungibilium dari nequeat, *per cautionem* fit ut imitamentum ejus hoc jus constituat, quod prius aliterque non erat, ideoque ipsam juris hujus essentiam tribuit ac confert. Sed verus ususfructus, etsi cautionem necessario requirat, tamen absque ea potest intelligi, imo et exercetur absque illa, quando heres eam negligit exigere, ut fit non raro. Scilicet haec vera cautio bimembris est; *usurum fruiturum se boni viri arbitratu*: et finito usufructu *restituturum quod inde extabit*, *l.* 1. *in pr. usufr. quemadm. cav.* estque tam necessaria, inquam, haec satisdatio, ut remissio ejus a testatore facta inutilis sit, *l. pen. C. Ut in possess. legat. et l.* 6. *pr. ff. eod.* quasi contraria naturae ususfructus, cum per eam fieri possit, ne salva sit substantia rerum: Quo minus tamen heres ipse, cui praestanda cautio, eam remittat nihil obstare videtur. *arg. l.* 71. *ad L. Falcid.* (1) At illo urgente, negantur actiones hereditariae tantisper fructuario, *l.* 13. *pr. de Usufructu et l.* 1. *C. h. t.* quin etiam heres non modo condicere potest cautionem, hoc est, in personam agere, ut fructuarius caveat; sed in rem quoque ad ipsas res fructuarias repetendas. *l.* 7. *in pr. Usufr. quemadm. cav.* Caeterum, fit illa cautio per stipulationem, quae ut efficax esse queat, recte faciet dominus si in testatum redigi curet statum cujusque rei praesentem, ut dein probatio, quid damni sit datum, facilior esse queat, *d. l.* 1. §. 4. sed confirmanda est haec stipulatio per fidejussorem, quia satisdatio est, §. 2. *h. t. l.* 8. *pr. de usufr. ear. rer.* satisdare autem est dare fidejussorem, *l.* 1. *Qui satisd. cog.* cui accedit, quod sit Praetoria stipulatio, cujus id proprium

(g) *Pos.* 17. (h) *Pos.* 18. 19.

(1) *Vide tamen Gerard. Noodt de usufr.* lib. 1. c. 19. *qui contendit heredem, non obstante remissione, cautionem exigere posse.*

* Jure Saxonico ab ista cautione immunitatem habet vidua in dotalitio usufructu gaudens, vid. *P.* 3. *C. El.* 16. 32. maritus et usufructuarius bonorum uxoris, a *LR.* L. 1. 4. 23. 45.

est, fidejussione confirmari, *d. l.* 1. *Qui satisd. cog. juncta l.* 7. *de stip. Praet.* quod tamen hactenus mitigandum, ut qui ob paupertatem fidejussores reperire nequeunt, jurejurando defungantur, *arg. N.* 112. *c.* 2. *in f. pr.* at si persona suspecta fluxis moribus et fide sit, necesse videtur, Res ipsas sequestrari, vel domino aut tertio locari; ut fructuario merces praestetur, atque ita ex usufructu *Reditus* fiat, vel aliter consulatur arbitrio judicis: est enim generale monitum, ut deficiente satisdatione *res apud officium deponatur, si hoc judici sederit,* ait Ulpianus *l.* 7. §. *ult. Qui satisd. cog.* vid. Gail. 2. *obs.* 47. *n.* 8. *et seq.* Peck. *de testam. conj. l.* 5. *c.* 24. *n.* 4. *sub. fin.* (2) Cautio quasi ususfructus bifariam praestatur, vel tantundem rerum fungibilium, vel aestimationem earum finito usufructu restitutum iri, §. 2. *vers. itaque h. t. l.* 8. *de usufr. ear. rer.*

5. (i) Constituitur et adquiritur Ususfructus iisdem fere causis et modis, quibus Reales servitutes, de quibus dictum *praeced. tit. a princ.* nimirum ultimis voluntatibus aut inter vivos pactionibus et stipulationibus, dein immediate per patientiam usus, *l.* 3. *pr. de Usufr.* praescriptionem longi temporis, *l. pen. C. eod.* et per cessionem a domino in jure factam, Ulp. *tit.* 19. §. 9. *l.* 63. *de usufr. l.* 66. *de jure dot.* nihilo secus quam modo de servitutibus dictum; nisi quod requisitum tituli et bonae fidei nusquam in Usufr. remissum, quemadmodum de servitute intelleximus. De constitutione quasi usufr. jam dicere occupavimus.

6. (k) Sequuntur in §. *pen.* modi quibus finitur ususfructus. Distingui possunt ita, ut vel habeant respectum ad personam fructuarii vel ad rem. Modi personales sunt tres: Mors, negligentia, Cessio. Reales etiam tres: Interitus, Mutatio, Consolidatio. Primus est Mors naturalis, quia est jus personae conjunctum, cum qua extingui debet, secundum *l.* 196. *de. R. J.* Exceptio est satis enormis in filiofamilias, a cujus morte ususfr. in patrem continuatur, quia cum filii esset, simul Patris videbatur jure patriae potestatis, *l. ult. C. h. t.* quod non perinde obtinet a Patre in filium. *l.* 3. *pr. C. de Usufr.* Quod si in constituendo usufructu additum sit ad heredem ut pertineat, nihil obstat, quo minus in herede continuetur, non ut idem, sed ut duplex ususfructus, *l.* 38. §. 12. *de V. O.* quo tamen casu, simplici appellatione heredis, non nisi primum heredem intelligi, docet *lex.* 14. *C. de Usufr.* Potest etiam ante obitum finiri ususfr. tempore vel conditione quae adjecta erat extante *l.* 12. *pr. C. de Usufr.* Praeterea finitur ususfructus morte civili, id est, maxima et media capitis diminutione fructuarii. *d.* §. *pen. l. pen.* §. *ult. C. eod.*

7. (l) Non utendo per modum et tempus amittitur ususfr. Per *modum* τρόπῳ ῥητῷ, ut Theoph. *secundum legem* initio *dictam*, qualis est, ut certis horis utatur, aut certo genere vehiculi, ne faciem fundi mutet, ex pascuo arvum. quod alias licet, vel contra faciat. *l.* 10. §. 1. *Quemad. servit. amitt.* Male utendo verius est non amitti usumfr. quia ad hoc persequendum propriae actiones comparatae sunt, *l.* 13. §. 2. *de usufr. l.* 1. §. 5. *Usufr. quemad. cav.* neque poena commissi ob hanc causam ullibi exprimitur. (3) Sed ipse ususfructus durat, donec constituto tempore pereat, inquit Gajus in *l.* 27. *pr. de Nox. act.* Per *tempus*; id Theophilus interpretatur ὡρισμένῳ χρόνῳ, *tempore praefinito* si intelligat, a contrahentibus, errat; nam tempus sine dubio generaliter accipiendum quod in *l. pen.* §. 1. *in f. C. h. t.* statuitur idem, quod dominio praefixum, in mobilibus triennium, in immob. longum tempus * decem vel 20. annorum, ut *infra* videbimus. Neque illis adsentiendum, quos inter Bachovius *not. ad Wes. Quemadm. ususfr. amitt. in pr.* Justinianum etiam in ususfr. mobilium statuisse longum tempus quod rationi non convenire ipse fatetur, neque evincitur ex *l. pen. C. de Servit.* quia haec non sancit tempus praescribendi ususfr. sed refert, quod alibi sancitum, nempe in *d. l. pen.* §. 1. quae ad similitudinem dominii tempus ordinat. Quod autem *haec l. pen.* temporis longi tantum meminerit, ob comparationem cum servitutibus fit, quae rebus soli duntaxat conveniunt; adde D. Vinnium *ad* §. *pen. Inst. h. t.*

8. (m) Finitur quoque Ususfr. si domino proprietatis ab usufructuario cedatur; nam cedendo extraneo nihil agitur, ait Imperator *d.* §. *pen.* quae oppositio in verbis, *finitur*, uno casu *nihil agitur.* Altero perspicue probat, cessione extraneo facta non finiri usumfr. sed nihil agitur; Cessio pro non facta habetur, ἀνενέργητός ἐστιν ἡ παραχώρησις, *inefficax est cessio*, habet Theophilus et nullius momenti, sic ut nihil omni ex parte fiat; quae est locutionis illius propria significatio, ut multis probat Brisson. *l.* 12. *de*

(i) *Pos.* 17. (k) *Pos.* 12. (l) *Pos.* 28. *et seqq.* (m) *Pos.* 31.

(2) *Dissentit rursus Noodt de usufr.* lib. 1. cap. 19. *quem vide.*
(3) *Adde Noodt de usufr.* lib. 2. cap. 9. et *Hein. in not. ad Vinn. ad* h. t. n. 2.
* Jure Saxon. et mobilium et immobilium Ususfructus amittitur non-uso ann. 31. 6. sept. et 3. d. Richter. *dec.* 21. n. 57. Carpz. *L.* 1. *Resp.* 36. *n.* 3. *seqq.*

V. S. in voce Nihil. et crebriore interpp. calculo in hac quaestione probatur, teste Pinello *l.* 1. *part.* 3. *de bon. mat. n.* 38. Grotioque idem *τῷ μεγίστῳ placet lib.* 1. *de J. B. et P. c.* 4. §. 10. Alii *τὸ nihil agere* tantum ad extraneum referunt, in quem nihil transferatur; hoc vero agi putant, ut qui cedere voluit usumfr. amittat, isque ad proprietatem revertatur et hoc probant ex *l.* 66. *de Jure dot.* quae tamen bene considerata hoc non evincit. Species ejus haec est; Mulier usumfr. fundi habens eum viro in dotem dat, fit divortium, reddendus est ususfructus, sed mulier pro extranea habetur, quia proprietate caret, nec cessio nisi proprietario fieri potest: si in mulierem fiat, *reversurum* ait textus *usumfr. ad proprietatem.* Non dicit reverti, *sed reversurum*, id est non transire ad mulierem, sed in statu manere, ut pro solo proprietario sit, suo tempore scilicet et modis jure praescriptis (nimis enormis poena foret, ex conatu cedendi toto statim usufructu mulctari. Sand. *cap.* 5. *de act. cess. n.* 35.) Quia tamen aliquid agi debet in praesenti, suggerit JCtus non in jure cedendum, sed locandum mulieri aut vendendum uno nummo usumfr. quippe tunc non agetur nihil, sed mulier effectum ususfructus consequetur, dum jus ipsum penes maritum manet. Si tamen durum videtur verba *reversurum usumfr.* aliter accipere quam statim a cessione reverti usumfr. ad proprietatem, dic, ibi sic esse juris, quia penes maritum soluto matrimonio dotalis ususfr. manere non potest. (4)

(n) Cessio hic, illa solemnis, scil. quae in Jure fiebat, intelligitur, per quam jus totum penitus et funditus transfertur a cedente in accipientem, de qua Ulp. *tit.* 19. §. 9. Simplex alioqui venditio in extraneum, domino licet invito, prohibita non est, *l.* 12. §. 2. *l.* 38. *et l.* 67. *h. t.* quia per hanc ipsa Servitus et jus primaevum ususfructus non transfertur, sed penes venditorem manet, *d. l.* 12. §. 2. *et l.* 38. ex cujus persona quoque finietur, *arg. l.* 54. *de R. J.* adeo ut facultas percipiendi fructus magis quam ususfructus ipse vendi videatur, *l.* 66. *in f. de jur. dot.* atque talis venditio potest etiam cessio vocari. *l.* 57. *Sol. matrim.*

9. (o) Sequuntur modi reales, quorum primum esse diximus, interitum. Nam cum ususfructus sit qualitas Rei, *d.* §. *pen. in fin.* necesse est, eum perire interitu rei totali; In proprietate habemus regulam; Quicquid superest e re nostra, id manet nostrum et vindicari potest, *l.* 49. §. 1. *de R. V.* sed ususfructus fragilior est recipitque distinctionem, quae haec est; Si pars sit ejusdem nominis cum re tota, parte pereunte, manet ususfructus in reliquo, sicut in agri parte superstite contingit. Si vero pars quae supereat idem nomen tueri nequeat, ut area post domum exustam, ne quidem in area ipsa manet ususfructus in *l.* 5. §. 2. *usque l.* 13. *Quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* Idem accidit mutatione, per quam res desiit esse quod fuit nomenque suum amisit, ut latissime explicatur in *d. l.* 5. §. 2. *et seqq.* Hinc aedibus, inquam, exustis, areae ususfr. non debetur, neque enim area domus est. *hoc* §. *pen. d. l.* 5. §. 2. Perit etiam ususfr. re mutata, sicut in areae ususfr. domo ei imposita, quia desiit area esse. *l.* 5. §. *f.* Idem si ex agro stagnum vel e stagno fiat ager. *l.* 10. §. 2. *et* 3. *eod.* Imo si ex silva fiat arvum, non tamen si ex vinea arvum vel pascuum. §. 4. *d. l.* 10. Massae ususfr. perit, vasis inde factis, §. 5. *d. l.* 10. quod secus in dominio, §. 25. *inst. de R. D.* multo magis, nave dissoluta refectaque, licet ex iisdem tabulis. §. 7. *d. l.* 10. Imo quadrigae ususfr. uno pereunte equo, extinguitur. §. *ult. d. l.* 10. Si ex balneo testator habitationem, ex taberna diaetam fecerit, ususfr. antea legatus interit, quia habitatio non est balneum nec diaeta taberna. *l.* 12. *pr. d. t. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* Quin et histrionis servi ususfr. perit, si testator nomenclatorem fecerit, quia etsi adhuc servus sit, histrio tamen esse desiit, *d. l.* 12. §. *ult.* quarum rerum quam late pateat consequentia, non est obscurum.

10. (p) *Quintus* finiendi ususfr. modus traditur in hoc §. *pen.* Consolidatio, quae vocatur, quando Usufructuarius proprietatem rei adquirit, quia in re propria nemo usumfr. ut nec aliam servitutem habere potest. *l.* 5. *si ususfr. pet.* Semel autem confusus cum proprietate ususfructus non reviviscit, etsi proprietas iterum recedat, qua de re notabilis species est in *l.* 17. *Quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* Tibi ususfr. fundi pure legatus est, Titio proprietas sub conditione; qua pendente, proprietas ad te pervenit et sic consolidatio facta est: dein existit conditio, per quam Titius proprietatem cedere debet; quia autem tu usumfructum consolidatione amisisti, jam frustra eum retinere laboras, dudum quippe

(n) *Pos.* 32. (o) *Pos.* 33. *et* 34. (p) *Pos.* 35.

(4) *Hanc sententiam pluribus defendit Auctor parte* 2. *Digress.* lib. 2. Cap. 18. *Probabilius tamen olim per solemnem in jure cessionem amissum fuisse usumfructum, licet jure novo id non obtineat: uti latius haec explicat Gerard. Noodt de ususfr.* lib. 2. cap. 10.

extinctum, sed fundus in solidum Titio cedit, cui legata erat nuda proprietas. Haud alienum inde est, quod in *l.* 26. *de leg.* 2. legimus; Testator servum, in quo nudam proprietatem habebat, tibi legat, usufructuarium heredem instituit; tu servum recte in solidum petis, nec usumfructum heres retinere potest: an quia heres, proprietate jure heredis quaesita, usumfr. amisit, ut vult Balduinus *ad hunc* §.? Non videtur, quia legatario, non heredi, immediate proprietas quaesita est. *l.* 64. *in f. de Furt.* Potius quia testator servum legans dominium plenum legavit, quod heres, cum possit, praestare debet, quia si alienus fuisset servus, idem debuisset. §. 4. *I. de Leg.* Caeterum, si consolidatio semel facta rescindatur, ususfructus reviviscit, ut exemplo querelae inofficiosi declaratur, in *l.* 57. *de Usufr.* similemque casum vide *l.* 35. *de hon. libert.*

11. (q) Quia autem proprietatis et ususfructus conjunctio naturalis est, ac ratio jubet, ut suo res quaeque domino emolumentum ferat, ultro consequitur, quoties finitus fuerit ususfructus, eum reverti ad proprietatem; scilicet si *totus* finiatur, ut ἐμφατικῶς additur in §. *ult. h. t.* Nam pro parte finitus, ut observant hic interpretes, accrescit ei, qui alteram habet partem: quod tu cave simpliciter intelligas, nec enim usum habet, nisi cum pluribus ejusdem rei ususfructus conjunctim legatus est. Nam partibus separatis; jus Accrescendi cessat; quemadmodum in omni quoque usufr. inter vivos constituto, quia Accrescendi jus non nisi in ultimis voluntatibus locum habere potest. Sed de hoc jure alibi locus erit dicendi.

TIT. V.

DE USU ET HABITATIONE.

I. Usus definitio et ab usufr. differentia; item, an hic sine usu esse queat. II. Reliquae differentiae inter usum et usumfr. III. Quid Juris sit in usu fundi pecudum vel aedium. IV. De operis servorum. V. De usu aliarum rerum. VI. De Habitatione.

(s) Secunda personalis servitus est Usus, quem finire licet, jus alienis rebus modice utendi, salva earum substantia. Differunt enim quantitate emolumenti. Nam Ususfructus omne commodum, quod ullo modo ex re percipitur, continet, usus nihil quam quod necessitas vitae et quotidianus utentis victus exigit. *l.* 12. §. 1. *h. t.* Graece usus dicitur χρῆσις, *l.* 10. §. 1. *h. t.* qua voce aliquando et fructus significatur. Curius ad Ciceronem *l.* 7. *Epist.* 29. *Sum enim* χρήσει μὲν *tuus*, κτήσει δὲ Attici *nostri*, quod interpretatur, *Ergo fructus est tuus, mancipium* (proprietas) *illius.* Giphanius *ad princ. de usufr.* nulla lingua satis diserte usumfr. reddi posse existimat; nam Germanicum *Niessung*, generale est, neque Belgicum *Lyftocht*, quod usitatum et a Grotio usurpatur, satis clare usumfructum ab Usu distinguit. Graecum tamen ἀπόλαυσις efficacius est quam χρῆσις, sed in hoc sensu JCtis minus usitatum; unde Theophilus suo more οὖσον et οὐσούφρουκτον dicere mavult. Belgae examussim reddunt, *Vrucht gebruik.* Ut igitur vocabulum *Ususfructus* ex usu et fructu componitur, ita re ipsa haec servitus utrumque continet, non formaliter, sed quia usufructuarius procul dubio et hoc, quod is qui usum habet, percipere potest. Ne autem duplex servitus usus et Fructus contineri videatur, sciendum, nihil interesse, Fructum an Usumfructum dicamus, *l.* 14. §. 1. *h. t.* ubi etiam Fructui Usus inesse dicitur, et quidem, *Fructus sine usu esse non potest*, ait *ibidem* Ulpianus. Atqui idem in *l.* 5. §. 2. *Usufr. quemadm. cav.* diserte *Fructum sine usu* obtingere posse scribit. Est autem ita: cum Testator proprietatem fundi penes heredem relinquens, Usumfr. Titio legat, tunc unam facit servitutem, cui etiam usus inest, non ut distincta servitus, sed per consequentiam; quia is, cui plus datur, etiam habet quod minus est: proinde ususfructus simpliciter constitus naturaliter sine usu esse nequit, non magis quam ut is, cui omne lucrum cedit, medium non habeat. Ideoque, si usufructu legato, usus adimatur, nihil est ademptum, *d. l.* 14. §. 1. quia quod legatum non est adimi nequit; at Usus velut propria servitus legatus non fuit. Verum si ab initio et nominatim testator dicat, se Usum dare Titio, Fructum Cajo, tum nihil obstat, quo minus ille nudum usum pro necessitate, alter reliquum percipiat emolumentum, heredi nuda proprietate relicta, quod est in *l.* 14. §. *ult.* Eodem plane modo diximus *supra*

(q) *Pos.* 36. (s) *Pos.* 1.

tit. 3. *n.* 3. Actum simpliciter constitutum, absque itinere esse non posse, verum si ab initio ita expresse caveatur, nihil obstare separationi (1).

2. (b) Ex eo, quod usus necessitati duntaxat inservit,* aliud discrimen ab usufr. nasci videtur, de quo Paulus in *l.* 19. *h. t. Usus pars legari non potest, nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.* Servitutes Reales sunt individuae, quia pro parte earum usus institui nequit. *l.* 17. *de Servit.* Ususfructus divisionem recipere intelligitur, *l.* 5. *de usuf.* ratione fructuum, qui percipiuntur. Sed cum in Usu quoque ejusmodi res percipiatur, quae dividi possunt, cur non et usus aequae dividuus habeatur? Dicendum, quia usus nihil tribuit quam necessitatem victus: cujusmodi necessitas, quia pro parte nemo vivere poteat, imminui vel in partes secari nequit. (c) Praeterea, ususfructus in alium non modo per locationem, sed et venditionem, aut donationem transferri poteat, Usus nullo modo, §. 1. *h. t.* quia translatio in alium excedit modum necessitatis. Adhuc aliam inter Usum et Fructum differentiam tradit Giphanius ad §. 1. *h. t.* quod Fructuarius cautionem praestet, Usuarius non praestat, *argum. tit. usufr. quemad. cav.* Sed incogitanter Giphanium solius Rubricae argumento usum esse, indicat. *l.* 5. §. 1. *l. pen. eod. tit.* quae de nudo etiam usu cavendum esse, diserte docent: scilicet, Usuarium ultra quam necessitas requirat, non usurum.

3. (d) Porro, ut natura Usus exacte cognoscatur, videndum per genera rerum quid ad usuarium pertineat. Neque enim in omnibus rebus eadem ab usufructu differentia apparet. Usuarius fundi nihil habet ulterius, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur, §. 1. *h. t.* secundum Nervae sententiam, dein emendatam a Sabino, Cassio, Labeone, Proculo, qui auctores fuerunt, usuario quoque de foliis; oleo, frumento, frugibus, quod ad victum sibi suisque sufficiat, concedere. *l.* 12. §. 1. *h. t.* De pecudibus in §. 4. *h. t.* traditur, usuarium neque lacte neque lana usurum, verum stercore solo ad agrum stercorandum; At haec quoque Labeonis opinio, ut nimia putida, displicuit Ulpiano, qui etiam modicum lac usuario tribuendum putat *d. l.* 12. §. 2. Ideo diximus in *Positione* 5. liberalius *deinde* cautum esse, de quo Scholiastes noster ita observat.

Scholium.

Obscurior est haec locutio et facile quis inde putare posset, mentem Aucturis esse, jus vetus contineri in Institutionibus, novum in Paudectis, cum tamen Institutiones ex Pandectis sint collectae.

Responsio.

Scholiastes ipse respondet, cum lectori monstrat hunc locum in Praelect. ubi mox ita scriptum est: Sed hoc ampliandum ex l. 12. §. 1. et 2. ff. h. t. *modo id observetur, in ipsa* l. 12. *diversi temporis jura memorari: adeoque τὸ deinde ibi recte etiam retineri.* Pergamus igitur.

Hoc inquam ampliandum ex *l.* 12. §. 1. *ff. h. t.* ut ex omnibus, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumere possit usuarius, atque etiam habitare in villa potest, *quatenus domino fundi molestus non sit.* Atqui in *l.* 0. §. *ult. h. t.* habetur, usuarium (si nempe plenus praedii usus cum villa et praetorio relictus sit, *l.* 12. *pr. h. t.*) prohibere posse dominum venire in fundum, scil. habitandi causa, non quominus ad fructus colligendos ibi versetur, *l.* 15. §. 1. *h. t.* quin et habitare tantisper potest, *d. l.* 12. *in pr.* Ex fundo igitur qui usumfr. habet, longe plus percipit, quam qui solum usum. (e) In aedibus non est tantum discrimen, nam praeter habitationem quae usuario debetur vix est ut alii reditus e domo proveniant, quin et saepe usus aedium excedere videtur necessitatem; Si enim tam *augustus* sit, id est, tam parvae familiae vel tam parvo contentus, ut pars minima domus ei sufficiat, proprietario tamen nihil cedere cogitur, sed vel mutabit aliquando diaetas, *l.* 22. §. 1. vel locabit reliquas partes, et tum quoque mercedem percipere potest, si inquam, ipse partem inhabitet. *l.* 2. §. 1. *et l.* 4. *pr. h. t.* Totum enim usum, nec pretio, nec gratis, ut modo diximus, transferre potest; quominus autem hospites et familiam licet magnam recipere liceat, hodie quidem non dubitatur. *d. l.* 2. §. 1. *h. t.*

4. (f) Minus adhuc discriminis in servi operis animadvertitur, utrum qui has habet usuarius an fructuarius sit. Nam in *l.* 4. *ff. de oper. serv. Fructus hominis*, ait Gajus, *in operis consistit, et retro in fructu hominis operae sunt.* Contra Terentius Clemens *in l. seq. Operis servi legatis, usum datum intelligi et*

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. 5. 6. (e) *Pos.* 7. (f) *Pos.* 9. 10.

(1) *Confer. pro intellectu* l. 14. §. 1. *de usu et habit.*: *Auct. parte* 2. *digress.* lib. 2. cap. 16. *et Noodt de usufr.* lib. 2. cap. 1.

* Ita in Saxonia Parochis usus, non ususfructus, competit *in denen P ar. Halkern.* Art Gen 31. Res. Gr. de A. 661. *von* Consist. S. gr. 28.

ego didici et Julianus existimat. Imo *operis servi legatis, neque usus neque ususfructus in eo legato esse videtur*, scribit Paulus in *l.* 1. §. 9. *ad L. Falcid.* Satis perplexe. Dixerim ita; Accurate loquendo, Operae jus medium sunt inter usum et fructum, plus enim quam usus continent, quia ex eo ultra necessitatem lucrum etiam oritur, minus quam Fructus, quia non omne lucrum, sed quod ex operis provenit duntaxat tribuit. Ergo proprie *in operis servi legatis nec usus neque fructus est*, ut habet *d. l.* 1. §. 9. Tamen quia res tanti non est ut distincta species constituatur et proxime ad naturam utriusque accedit, idcirco operae Fructus esse videntur, quia plus sunt quam usus. *d. l.* 4. Rursus videntur usus esse, quia minus, quam ususfructus sunt, *l. seq.* Atque ita proprie nec usus nec fructus, improprie vero utrumque appellari possunt. Id vero peculiare ab utroque habent operae, quod nec capitis diminutione, neque non utendo, nec denique morte ejus, cui relictae sunt, sed morte vel usucapione servi finiantur. *l.* 2. *de us. et usufr. leg.* Idem est in jumento ait Imperator *in fin.* §. 3. Sed pecudum usu plusculum comprehenditur, ut diximus.

5. (g) Sunt etiam res in quibus nullum discrimen, usum an usumfructum statuas, reperitur, cujusmodi res est pecunia omnesque res quae fungibiles vocantur. *l.* 5. §. *ult. et l.* 10. *ff. de usufr. ear. rer.* Sed quod idem in usu silvae legato vult esse recipiendum Adrianus *in l.* 22. *h. t.* fateor, quam habeat rationem, me non intelligere. Nam quod Caesar ait, *nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.* Quid enim, nonne ad usum sui foci, vinearum aliasve necessitates, uti potest et stipitibus, ut tamen inde multom in alios quoque distrahi posset? Plane silvas tam modicas dari posse, quae hoc discrimen non recipiunt, intelligimus; et de talibus igitur ille textus accipiatur.

6. (h) Praeterea subtilitate Jurisperitorum accidit ut habitatio distincta servitus haberetur, licet in effectu parum ab usu et minus adhuc hodie ab usufructu differat. Usum excedit, quia, cui habitatio debetur, in totam domum locare, aut consequenter gratis condere potest. §. 5. *h. l.* 13. *C. de usufr.* Verum ita coincidit cum usufructu aedium, quo quid magis continetur, quam ut domum inhabitare aut locare liceat?

SCHOLIUM.

In eo tamen puto esse differentiam, quod si conditorium mercium sit junctum aedibus, een Pakhuys, *illo uti possit usufructuarius, non ille, cui habitatio relicta est.*

RESPONSIO.

Cum habitatio contineat jus locandi domum totam, non video, si taberna vel horreum pars aedium sit, quin simul eam partem locare liceat habitationis legatario. Si pars aedium non est, ne fructuario quidem plus juris erit.

N. ADDIT.

Potius invertimus, si ipse, qui jus habitationis habet, non potest uti conditorio mercium, nec potest locare, nec enim potest plus in alium transferre, quam ipse habet. Quod vero non possit uti taberna mercatoria, (een Koopmans Pakhuys) *inde patet, quia habitatio saltem relicta est, i. e. domus ad habitandum, non ad exercendam mercaturam. Ad Autoris objectionem respondemus, in allegatis textibus nusquam dici, quod habeat jus locandi totam domum, sed saltem dicitur, quod habeat jus locandi habitationem. At domus vocabulum plura comprehendit, quam habitationem.*

Hactenus sane juris acumine ab Usu et a Fructu differt Habitatio, quod neque capitis diminutione neque non utendo finiatur, *l.* 10. *h. t.* prout modo de Servorum operis est dictum. Ratio redditur in fine *l. pen. ff. de cap. minut.* quia tale legatum in facto potius habitandi quam in jure consistit; adeoque res est quasi *merae facultatis*, cui praescribi nequit, ut Dd. volunt; et qui capite minutus est, jura quidem amittit, statu mutato, sed ad factum habitandi perinde ac alius sufficere existimatur. Animadverti ex his potest, in quibusdam rebus usum et usumfr. parum aut nihil discrepare, in aliis, ut fundo et pecudibus, discrimen quidem perspicuum notari, sed cujus termini sint valde lubrici et instabiles. Fieri enim vix potest, quin inter eum qui Usum ad necessitatem et qui reliquum habet lucrum, non continuae oriantur difficultates, de modo necessitatis et qualitate fructuum quibus indigeat Usuarius: praesertim si hic in praedio habitet et fructuarius in eodem versetur. Quare usum et habitationem in populari praxi haud frequenter ab usufructu distingui existimem. Plerumque Res simpliciter concedi videmus *tot lyfstonde*, qua voce usumfructum intelligi, nemo, ni fallor, dubitat. Ideoque parum abest, quin Usus non multum habere videatur usus.

(g) *Pos.* 8. (h) *Pos.* 11. *et seqq.*

TIT. VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIONIBUS.

I. Continuatio. II. Definitio usucapionis, ejusque justitia defensa. III. De usucapione antiqua. IV. Differentia a praescriptione V. Requisita usucapionis in summa. VI. De primo et secundo specialiter, sive de tempore et bona fide. VII. Tertium de titulo justo. VIII. De re habili atque inhabili ad usucapiendum. IX. Quintum continuae possessionis. X. De re aliena a fisco vendita.

(a) Modi, quibus hucusque dominia rerum et servitutes adquiri didicimus, ex Jure Communi et Gentium oriri credantur. In transcursu de superficie et de Servitute, quae sunt duo jura in Re, est actum.

S c h o l i u m.

Sed ubi? Videtur respicere ad ea, quae dixit tit. de R. D. ad §. 30. pos. 24. *Sed ibi magis de jure soli, quam de jure superficiei disseruit. De superficie porro ita tene; sive per illam Autor intelligat jus soli, de quo dixit supra* ad. d. posit. 24. et seqq. *sane illud spectat ad dominium rerum corporalium; sive intelligat illud jus supesficiei, de quo agitur* in ff. tit. de Superfic. *et hoc spectat ad dominium rerum corporalium, sed utile.* vid. Struv. Ex. 44. th. 28.

Responsio.

Tam de jure superficiarii, quam de eo quod soli dominus habet, d. loco *satis diserte, ni fallor, actum est, quanquam in* Pandectis *locus de* Superficie *proprius occurrit. Quod scholiastes superficiem sub dominio comprehendendam putat, de eo superius satis responsum existimo ad* posit. 28. de R. D. *de utili dominio satis etiam* posit. 34. *disseruimus.*

N. A d d i t.

De jure quidem superficiarii parum aut nihil ibi agitur. Est enim superficiarius, qui in area aliena cum consensu domini ita aedicavit, ut ipse sit Dominus superficiei, alter vero maneat Dominus soli. Supra vero actum fuit de iis, qui in alieno solo inscio vel invito domino aedificant. Porro quod dicit, se supra ad posit. 28. *respondisse assertioni, quod superficiem hic referam ad dominium, forte sensum haberet, si eam retulissem ad dominium late dictum, ut pote de quo supra illo loco disputatum fuit. Nunc cum diserte addam in scholio, superficiem pertinere ad dominium corporalium rerum, nihil in allegato loco deprehendes quod hanc meam assertionem saltem impugnet, cujus veritas insuper sensu quasi communi percipitur. Nam uti solum est res corporalis, ita etiam superficies. Quod autem ultimo loco de dominio utili, provocat* ad posit 34. de R. D. *nec ibi quicquam reperitur quod thesin nostram feriat. Primo sugillat ibi denominationem dominii directi et utilis, quia scilicet in jure dicatur quidem actio directa et utilis, sed hi termini tamen non praedicentur de causis actionum. In verbis simus faciles, modo in re conveniamus. Si quid valeret obiectio Autoris, valeret etiam contra JCtum, quisquis sit, qui primus terminum actionis directae et utilis invenit. Ratio denominandi non inepta est. Dominus utilis est qui quotidianas utilitates ex re percipit; directus qui Dominus soli est et a cujus voluntate jus dominii utilis quasi dependet. Concedamus Autori tamen, non esse nugas, cum de re conveniat, vituperare verba: concedamus terminum dominii utilis soloecum esse: sufficit quod, ut ipso rursus concedit, in foro soloecismos tales anxie fugiendos esse nemo prudens dixerit. Rem ipsam vero quod concernit, etsi emphyteutam ibi negat esse Dominum, sufficit tamen, quod leges ab ipso adductae ex Codice, contrarium statuant, ex quibus ad leges pro se allatas facile responderi potest, si distinguas inter dominium soli et superficiei vel emphyteuseos.*

Nunc transit Caesar ad modos adquirendi Juris Civilis proprios, quos vel particulares dicere solemus vel universales. Particulares praecipue tres noscuntur, Usucapio, Donatio et Legatum; denique, si hoc addere lubet, Fideicommissum singulare, quod vix hodie a Legato differt. Etsi vero apud alias Gentes aedem adquirendi species frequententur; quando nulli sunt populi

(a) *Pos.* 1. 2.

In quibus non donetur, aut legetur, vel praescriptiones fiant, tamen quia momentum harum adquisitionum non a facto hominis sed immediate a lege pendet, quae cujusque civitatis propria et pure civilis est, idcirco hos modos adquirendi mere civiles appellamus.

2. (b) Quos inter primo occurrit Usucapio, quae definitur a Modestino in *l.* 3. *de usurp. et Usucap.* quod sit, ***Adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.*** Dicitur *Adjectio* potius quam *Adeptio*, quia haec magis factum hominis, illa vox vim legis dominium insciis nobis ipso jure adjicientis, significat. Reliqua verba indicant, Usucapionem esse talem modum quo res aliena fit nostra, ex eo quod tamdiu a nobis possessa fuerit, ut lex inde praesumat verum dominum aut non extare amplius, aut rem pro derelicta haberi; cui accedit summa ratio, quod generis humani et publicae quietis maxime intersit litium praetextus aliquo tempore finiri. Legis enim officium est possessoribus rerum praestare securitatem *et finem*, (ait Cicero *pro Caecin.*) *solicitudinis ac periculi litium*, quam certitudinem ipse eleganter *usucapionem* vocat. Et quidem praesumptam derelictionem vel negligentiam domini plerumque revera intervenire probabile est, quia vix fieri potest, quin longo tempore res ad nos pertinens aliqua via ad notitiam nostram perveniat. Atqui tunc simplicissima aequitas naturae usucapioni suffragatur; quod si gravissimis causis impeditus sit, quo minus scire potuerit ubi sua res mobilis foret aut quominus immobilem vindicaret; restitutionem in integrum impetrare posse videtur ex clausula Praetoris in Edicto, quod extat in *l.* 1. §. 1. *Ex quib. caus. major. l.* 2. *et l.* 4. *C. Quib. non objic. longi temp. praescr.* (1) Imo Justinianus in *Nov.* 119. *c.* 7. statuit usucapionem rei, in qua semel mala fides perpetrata est, adversus ignorantem dominum non procedere: sed hunc sola praescriptione longissimi temporis excludi; ex quo intelligimus nullam superesse causam quare usucapio rationi aut aequitati inimica vel repugnans, ut Amesio 5. *de Conscient. cap.* 41. visum, sit statuenda: multo minus impium praesidium appellanda, quod in *Nov.* 9. fieri videtur; tametsi non temere Constitutio illa, quae in Graeco non extat, pro spuria habeatur. Vid. Duar. *Comm. ult. ad h. t. c.* 1. Plura Grotius 2. *de J. B. et P. cap.* 4.

3. Erat autem usucapio modus olim proprius civium Romanorum: Peregrinos enim jure adquirendi legitimo, quod per cessionem, mancipationem, usucapionem, hereditatem exercebatur, caruisse nota res est. Nominatim de usucapione in hunc sensum omnes adhuc ea verba intellexere quae ex XII. Tabulis supersunt; ***Adversus hostem aeterna auctoritas esto***, ubi per hostem Cicero 1. *off.* Sextus Pompejus, et Macrobius 1. ***Saturn.*** 16. peregrinum monent intelligendum, juxta ac Varro docet 4. *de L. L.* peregrinum qui suis legibus uteretur olim *hostem* nominatum; quam interpretationem omnes eruditi sine scrupulo sunt secuti, ante Virum Cl. A. B. Van *Tienen*, qui in disputatione *ad tit. Inst. de R. D.* putat, *et Macrobium et Pompejum, atque ipsum etiam Ciceronem errasse*, adeoque hostem in XII. Tabulis nihil significare quam adversarium. Mihi vero nulla adhuc causa, cur veteribus in linguae suae intellectu fides hac parte neganda sit, justa satis videtur. Per usucapionem igitur cives Romani Dominium Quiritarium consequebantur, rerum quidem tam mancipi quam nec mancipi, ut docet Ulp. *tit.* 19. §. 8. non tamen praediorum provincialium, sed in illis recepta erat praescriptio decem annorum inter praesentes, 20. inter absentes: cum usucapio in mobilibus anni, in immobilibus biennii spatio absolveretur; *Lex*, ait Tullius *pro Caec. jubet in usum et auctoritatem fundi esse biennium*, quod a pari *ad domos* trahit *in Topicis.* Id quod Justinianus merito abrogavit in *l. un. C. de Usucap. transform.* miseros appellans dominos, *qui absentes et nescientes tam angusto tempore suis cadebant possessionibus.* Nam ad stabiliendam praesumptionem negligentiae vel derelictionis, tam exigui temporis spatium minime valebat. Naturaliter id certum est, ipsum temporis immemorialis quasi infinitum esse, et proinde talem sine exceptione ad ejusmodi praesumptionem sufficere. Obliterandae autem memoriae quot anni requirantur, in universum difficulter constitui potest. Sane cum viva hominum recordatio, non literis propagata intelligatur, dubium non est, quin centum anni abunde sint, quae est maxima, sed extraordinaria, in jure civili praescriptio, *l.* 24. *et Auth. seq. C. de SS. Eccles.* Quin nec improbabile visum, quot annis generationes hominum circumaguntur; totidem memoriam hominum absolvi; At ab omni

(b) *Pos.* 3. 4.

(1) *Modo impeditus fuerit ex causa absentiae, nam ad solas absentiae causas pertinere clausulam* Edicti *Praetoris* in l. 1. §. 1. ex quib. caus. maj. *versus est. Quo pertinent etiam textus ab Auctore adducti.*

antiquitate γενεὰς, generationes tertia saeculi parte definitas fuisse constat; quod spatium moribus quarundam gentium hodieque in longissima praescriptione receptum est, ut in Hollandia, teste Grotio *l.* 2. *Jur. Holl. c.* 7. *n.* 44. ubi, *een derdendeel van hondert jaaren.* Adde. L. Goris 5. *advers. miscell.* 9. neque abludit inde Jus Romanum, cui maxima praescriptio ordinaria, qua omnes Juris praetextus omnesque lites terminantur, placuit annorum (quia rotundus numerus expeditior videbatur) *triginta*, *l.* 3. *l.* 4. *et l.* 7. §. 1. *C. de Praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* Quadraginta enim et quinquaginta anni certis duntaxat casibus desiderantur, *d. l.* 4. *et* 7. §. 1. *l. ult. C. de Aleator.*

4. (c) Sed in Rubrica hujus tit. ab Usucapione distinguitur longi temporis praescriptio, ut etiam distinguuntur in *l.* 54. *de Evict.* Praescriptio fuit olim accomodata rebus, ut dixi, quae usucapi non poterant, ut sunt praedia provincialia, quorum non erat dominium nisi *bonitarium*: Sed usucapio erat modus adquirendi jure Quiritium, unde *Quiritarium* dominium *l. un. C. de usucap. transform.* Praescriptio non tam dominium transferebat quam exceptionem a temporis lapsu suppeditabat, ut *infra ad tit. de perpet. et temp. act. et de Except.* docebitur. Justinianus praescriptionem longi temporis et usucapionem, quod attinet ad res immobiles, confudit ac inter se miscuit, atque ex utraque fecit unam *usucapionem*, quae nunc etiam est rerum Provincialium et durat longum tempus, cum olim biennalis esset; adeo ut heic longi temporis fiat mentio praescriptionis, ut Lector vim ejus in hoc quoque titulo contineri praesumeret.

Hodieque itaque duplex Usucapio est, mobilium rerum vel immobilium. Res mobiles usucapiuntur triennio, Immobilia, ubicunque sita, longo tempore, id est, 10. annis inter praesentes. 20. inter absentes. * Idcirco termini adhuc diversi sunt; Usucapio atque Praescriptio, Illa enim non nisi rerum corporalium, haec etiam incorporalium et actionum est; illa tribus, 10. vel 20. haec pluribus vel paucioribus annis constat. Sed discrimen inter praedia Italica et provincialia, uti et omnis differentia effectus sublata est; siquidem ex praescriptione dominium hodie perinde plenum atque ex usucapione transfertur. *l. un C. de usucap. transform. l. un. C. de nudo jure Quir. toll.*

5. (d) Verum ut usucapio, quantum fieri potest, ad regulas Justitiae ordinetur, sciendum, praeter legitimum temporis lapsum, quod est *primum* requisitum, *secundo* adesse debere bonam fidem, id est, opinionem, qua possessor se dominum esse credit, *pr. h. t. l.* 109. *de V. S. Tertio*, Justum titulum sive causam habilem ad transferendum alioqui dominium, *d. pr. l.* 1. 2. *et seqq. ff. de Publ. in rem. act.* de quibus vide Rubricas *ff. pro soluto*, *pro emptore*, *pro herede*, *pro donato*, *pro derelicto*, *pro dote*, *pro suo. Quarto*, Rem oportet esse usucapionis capacem, quales non sunt quae enumerantur in §. 1. 2. et 9. *h. t. Quinto*, et praecipua necessaria est possessio continua non interrupta, §. *diutina* 12. *hic*, *l.* 2. *de usurp. et Usucap.*

6. (e) Secundum ordinem autem horum requisitorum, tractatus *hujus tituli in Institutionibus* absolvitur. De *tempore* enim tam quod olim, quam quod est hodie, agitur *in princ.* deque eo satis est dictum. Civiliter autem computatur, (*vide l.* 134. *ff. de V. S.*) non tamen, ut annus coeptus pro impleto habeatur, quemadmodum in honoribus, *l.* 8. *de muner. et honor.* sed ut diem postremum ultimi anni sufficiat inchoatum esse, *l.* 6. *de usurp. et usuc.* quamquam in praescribendis actionibus naturaliter, id est exactis omnibus horis et momentis computatio fiat. *l.* 6. *de O. et A.* In eodem *pr.* est alterum, nempe *bonae fidei* requisitum, ut possessor ignoret rem esse alienam. Etenim nihil est aliud B. fides, quam opinio qua quis credit se esse dominum rei possessae, sive, ut Canones, *Illaesa rei alienae conscientia*, *c. ult. X. de Praescript.* ita ut *ignorare* sufficiat *rem esse alienam*, *l.* 109. *ff. de V. S.* de quo dix. In dubio autem potius est ut bona fides praesumatur, etiamsi emptor in casum, si res ab alio evincatur, quasi spreta auctoritate tradentis, diligenter sibi caverit. *l. pen. C. de Evict.* Schneidew. *ad pr. h. t. n.* 21. Cui consequens est, eum qui suspicione de alterius dominio oborta dubitare coepit, non statim bonam fidem exuere, sed tum demum, ubi vel jus ejus satis exploravit, vel causa in judicium deducta est. *l.* 10. *C. de Adquir. et ret. poss.* Verum cujus opinio juris errore fundata est, is, etsi dolo careat et quod ad fructus pro bonae fidei possessore habeatur, *l.* 25. §. 6. *de Hered. pet.* in usucapione

(c) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 7. 8.

* Jure Saxonico anno 6. sept. 3. diebus res mobiles, immobiles 31. ann. 6. sept. et 3. dieb. praescribuntur, *L. R. l.* 1. *art.* 28. 29. *L.* 2. *a.* 44. *Lehn. R. c.* 16. *j. P.* 2. *C. El.* 5. *et* 6. Schilt. *ad ff. Ex.* 45. *th.* 50. *et* 54. Annus tamen in rei mobilis usucapione, non nisi scienti domino currit, *d. art.* 28. Carpz. *ad d. C.* 5. *d.* 13. In immobilium autem praescriptione ex tanto temporis lapsu bona fides praesumitur, usque dum contrarium probetur, *P.* 2. *C. El.* 3. Carpzov. *ad d. C. d.* 7. 8.

tamen, quae merito strictae interpretationis est, nequaquam pari effectu gaudet, *l.* 31. *pr. et l.* 32. §. 1. *ff. de usurp. et usuc.* ideoque nihil vetat juris errorem ad malam fidem referri; tametsi non intercedo, quominus eum, si placet, ad defectum tituli referas justi, ut vult Scholiastes noster ad *posit.* 8. *h. t.*

N. Addit.

Ego vero intercedo ne juris error ad malam fidem referatur, etsi non gaudeat effectu bonae fidei. Rationem dedi jam in eodem Scholio ab Autore suppresso, quia obstat huic sententiae §. 5. Inst. de usuc. *verbis:* furtum enim etc. *Ad quam nihil hic respondet Autor.* *

(f) Caeterum, bonam fidem sufficit ab initio adesse; nam mala fides superveniens non interrumpit usucapionem semel bona fide coeptam, *l.* 48. §. 1. *de A. R. D. l. un. C. de usuc. transf.* tametsi in fructibus adquirandis contra obtineat. *d. l.* 48. §. 1. scilicet usucapio ad jus pertinere existimatur, fructuum perceptio magis est facti, ubi quaelibet temporis momenta spectantur: sed jus Pontificium vult malam fidem quocumque tempore supervenientem impedire usucapientem vel praescribentem, *cap. fin. extr. de praescript.* et malae fidei possessorem nullius etsi immemorialis temporis praescriptione muniri, aut dominum Pontifices fieri permittunt. *c.* 2. *de R. J. in* 6. *d. cap. fin. de praescript.* Caeterum, in usucapiendis hominibus specialiter jure civili placuit bonam fidem requiri continuam. *l.* 4. §. 16. *et seqq. h. t. l. pen. ff. pro suo* (2).

7. (g) Tertium requisitum *tituli justi*, memoratur in *eod. princ.* scilicet talis per quem dominium alias transferri queat; nam ex quibus causis dominium praestatur, si transferens sit dominus, ex iisdem non dominus Usucapiendi conditionem tribuit, §. 5. *in fin. I. Per quas person. cuique adquir.* ut si quis in solutum acceperit emeritve rem, quae, ut accipiens putabat, non erat venditoris aut debitoris; idem in donatione, si jure permissa sit: nam si vir uxori donaverit, ea nec domina fit, quia lex prohibet, nec usucapio procedit. *l.* 1. §. 2. *ff. pro donato* nisi vir rem alienam uxori donarit; tunc enim quae propriam mariti nullo modo adquirere poterat, temporis lapsu dominio alienae rei, in qua vir liberalis fuit, potitur, *l.* 3. *d. t. et l.* 25. *de donat. int. Vir. et ux.* quia scilicet donatio ea tantum inter conjuges prohibita est, quae donantem facit pauperiorem, qualis non est liberalitas ex alieno. *d. l.* 25. Sed quae est ratio quod donatio mortis causa traditione a donatore vivo impleta, usucapionis effectum non praestet, ut habetur in *l.* 13. *pr. de m. c. donat.*? Quia dominium hoc a donatore semper revocari potest, *l.* 30. *eod.* ideo, si donatarius per usucapionem dominus sit factus, aeque datur repetitio, quam si mox ab initio dominium adeptus esset, perinde atque de condictione indebiti scriptum est in *l.* 15. §. 1. *de cond. indeb.*

Jam id ultro liquet, contractum simulatum fictumque, ubi nihil agitur, pro nullo esse. *l.* 1. *C. Plus val. quod ag.* Sed ubi aliud pro alio simulatur, si is qui dissimulatur saltem habilis sit, cum sufficere ad effectum juris, ut cum venditio donandi animo celebratur. *l. ult. ff. pro donato.* Possessionem quoque oportet esse translatam ex ejusmodi titulo: Scriptum enim est, errorem falsae causae non parere usucapionem, §. 11. *h. t.* velut. si rem mihi commodatam postea oblivione potem mihi venditam vel donatam. Si tamen traditio facta sit ex errore falsae causae, ut si heres tradiderit mihi rem, putans legatam a defuncto, eum idem ego putarem, etsi nunquam legata fuerit, usucapio procedit, *l.* 3. *Pro suo l.* 48. *h. t.* quod etiam in reliquis titulis, excepta venditione, procedit: Nam in hac non sufficit tempore traditionis utrumque contrahentem putasse, quod venditio praecessit, verum et revera oportet eam esse celebratam, *d. l.* 48. *et l.* 2. *in pr. pro Emp.* nisi error valde probabilis sit, cujus exempla vid. in *l.* 11. *et l.* 13. §. 1. *ff. pro emp.* Ratio autem cur in venditione error traditioni cohaerens minus quam in reliquis sit efficax, esse videtur, quod nimia foret inaequalitas, si opinio venditionis pro vere haberetur ubi nullum intervenisset pretium. At in caeteris cum meos tradentis non sit pretium accipere, etiam fraudari non videtur quod error ejus pro veritate habeatur, contra ac venditor, qui rem amittat pretio non accepto.

8. (h) De quarto requisitio, *ut res sit Usucapionis capax*, prolixius agitur in §. 1. *et seqq.*

(f) *Pos.* 9. (g) *Pos.* 10. 11. (h) *Pos.* 12. 13.

* Scholium Thomasianum hoc est: In allegato textu *l.* 31. *h.* non dicitur, hunc pro malae fidei possessore haberi et obstat etiam huic sententiae *l.* 5. §. 1. *h. t.* Ergo potius dicerem, eum, qui in jure errat, propter deficientiam tituli non posse usucapere.

(2) *Hoc speciale ex legibus ab Auctore citatis certe probari non potest, agunt enim de partu ancillae furtivae. Contrarium evincit* l. 44. §. 2. ff. h. t. *quid autem intersit in usucapione partus mater aliena fuerit an furtiva, disce ex* l. 44. §. 2. et l. 33. pr. h. t. *rationem differentiae eleganter explicat Barth. Chesius de different. Jur. Cap.* 11. *ubi simul exponit* l. pen. pro suo.

ff. h. t. Incapacitas autem oritur vel ex natura rerum vel privilegio, vel denique ex vitio illarum. Ob *naturam* suam primo usucapi nequeunt Res incorporales, ut servitutes *l.* 43. §. 1. *de A. R. D.* item Res commercio exemptae, ut sacrae, sanctae, religiosae, et liberi homines. §. 1. *h. t.* quia talia dominium plane non recipiunt nec titulus alienandi illis convenit. Ob *privilegium* usucapioni subtrahuntur primo, Res Fisci, quae scilicet nunciatae et adquisitae sunt fisco. Nam bona vacantia, licet ad Fiscum spectent, ejus tamen non sunt neo jure fiscalium gaudent. §. 9. *h. t.* 18. *et l.* 24. §. 1. *h. t.* Fiscalibus, ut alias, ita hactenus comparantur Res Dominicae, id est, principis patrimoniales, item res civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum aliarumque domuum miserabilium, de quibus in *tit. C. Ne rei dom. vel templ. l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv. et l.* 24. *C. de SS. Eccl. N.* 9. *N.* 111. *N.* 131. *c.* 6. Praeterea res pupillorum, *l.* 3. *C. Quib. non objic. l. t. praescr.* quibus neque longissimi temporis praescriptio currit. *l* 3. *C. de praescr.* 30. *v.* 40. *ann.* Porro nec Res minorum usucapionem recipiunt. *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest.* Nec bona adventitia filiorumfam. *l.* 2. §. 2. *C. de Annal. except.* Neque res quas Praeses provinciae contra Legem Juliam comparavit, *l. pen. de L. Jul. repet.* denique res prohibitae alienari lege vel testamento. *l.* 2. *C. de usuc. pro empt. et* 16. *de fundo dot.*

(i) *Vitiosae Res* sunt, Furtivae atque vi possessae, quas factum furis et invasoris tam odiose afficit, ut ne a tertio quidem et bonae fidei possessore usucapi queant, propter vitium rei inhaerens quod possessorem quemvis comitatur. *l.* 7. *C. de usuc. Pro empt. l.* 11. *C. de Adquir. et ret. poss.* Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ait Imperator, §. 3. *h. t.* ut bonae fidei possessoribus usucapio competat, quia difficulter accidit ut res aliena mobilis sine justa causa in manus tertii, absque *furti vitio* perveniat. Posse tamen id fieri, duobus docet exemplis; uno, si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; tunc enim, quin is qui acceperit usucapere possit, dubium non est, quia heres furtum non commisit et qui accepit bonam fidem habuit. Utrum autem ipse heres tali casu usucapiendi jus habeat, non decidit Imperator, ideoque id alias examinandum. Alter casus est, si quis rem bona fide acceperit ab eo qui per juris errorem eam possidebat. Quanquam enim usucapio ipsi interdicta sit, a furto tamen procul abest. Ideoque vitium rei nullum ex ejus possessione inhaeret. Exemplum refertur in partu ancillae, quem fructuarius putabat suum esse erronee, cum foetus hominis in fructu non sit, ut dictum supra in §. 37. *de R. D.* Proin ipse quidem usucapere eum prohibetur, sed emptori nihil obstat quominus usucapiat. Caeterum, longissimi temporis praescriptione etiam res furtivas hodie adquiri, docent *l.* 3. *et* 4. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.*

(k) *Res* porro *vi possessae* intelliguntur immobiles, quae alias dicuntur invadi. §. 1. *in fin. inst. de vi bon. rapt.* Atqui nec hae usucapionem recipiunt, sed tantum longissimi temporis praescriptionem, *Auth. malae fidei Cod. de praescript. long. temp.* quod si rem soli aliquis sine vi sit nactus, a Domino neglectam, hic quidem usucapere eam propter conscientiam prohibetur, sed nullum rei vitium, quod successorem comitetur, imprimit, quia nec possedit, nec furtum, quod non cadit nisi in rem mobilem, commisit; quae omnia in *d.* §. 7. commemorantur. Porro quamdiu res ad usucapiendum inhabiles retinent hanc naturam, vitium, aut hoc privilegium, manent aeque incapaces usucapionis. Et quidem incorporales, item sacrae et religiosae res, vix ullam conditionis mutationem recipiunt; sed res dominicae, fiscales, civitatum, pupillorum, minorum similesque ubi dominum mutaverint, usucapionem, ut quaelibet aliae, recipiunt. *l.* 24. §. 1. *ff. h. t.* Inter vitia quoque habetur, si quid Praesidi contra legem Juliam datum fit, *l. pen. de L. Jul. repet.* imo quaelibet prohibitio alienandi lege vel testamento facta rem vitio afficit, ut ad usucapionem inepta fiat. *l.* 2. *C. de usuc. Pro empt. et l.* 16. *de Fund. dot.*

(l) Vitium autem rerum furtivarum et vi possessarum purgari dicitur, quum primum justa ratione in potestatem domini redierint: ideoque si tum denuo alienentur, usucapio procedit. §. 8. *h. t.* In Domini autem manus, non utique in ejus cui furtum est factum, reverti res debet. Ideo si creditori pignus sit surreptum, purgatio vitii non contingit per reditum pignoris in manus creditoris, sed potius debitoris, tanquam Domini. *l.* 4. §. 6. *h. t.* Nisi forte debitor ipse pignus surripuerit, tunc enim placet vitium purgari etiam ubi creditor rem recuperavit, juxta quam commode explicatur Paulus in *l. ult. ff. h. t.* sed an eo casu vitium perinde purgetur, si debitor ipse rem vendiderit, an vero ut furtivae rei usucapio interdicta sit, merito dubites, propter *d. l.* 4. §. 21. *et l.* 6. *C. de usuc. pro empt.* quarum illa affirmat, haec negat usucapionem procedere; neque apparet conciliandi

(i) *Pos.* 14. 15. *et* 17. (k) *Pos.* 16. 17. 18. (l) *Pos.* 19.

ratio nisi distinguas inter pignus et hypothecam. Debitor pignus a creditore possessum surripiens idque vendens, usucapiendi conditionem transfert, quia furtum rei non fecit sed possessionis duntaxat, quo res ipsa in vendendo affici non videtur, at debitor vendens hypothecam a se possessam, eo ipso furti sese alligat, et usucapionem impedit, ut videtur. *l.* 66. *ff. de furt.*

9. (m) Ultimum Usucapionis Requisitum est, *Possessio continua.* Definitionem Possessionis *supra in fine tit. de R. D.* habuimus, sicut latissimo sensu accipitur, quatenus haec appellatio ad usufructuarios, colonos, commodatarios et depositarios extenditur, etiam ad eos qui precario possident. Augustius possessio significat rei detentionem cum animo sibi habendi, quo sensu fructuarii et qui modo collocati sunt, non possidere sed tenere dicuntur, in *l.* 9. *ff. de R. V. et l.* 1. §. 8. *Quod. Legat.* et esse in possessione §. 5. *Inst. de Interd.* Strictissime possessio sumitur pro detentione cum animo dominii, quae vocatur possessio civilis, opposita naturali, quae est absque opinione dominii *l.* 21. *h. t.* Atqui talis, scilicet civilis, in usucapione necessaria est, idque, cum diximus bonam fidem adesse oportere, satis indicatum est. At requisitum continuitatis expressius declarandum: nam si possessio fuerit interrupta, Usucapio non procedit, quia haec ejus naturae est, ut sine possessione nec constet ab initio nec cum coeperit procedat. *l.* 25. *h. t. et l.* 19. *ff. Ex quib. caus. mai.* Dicitur autem interruptio in Jure Usurpatio; eaque duplex est, Naturalis vel Civilis. Naturalis interruptio est, cum quis vi de possessione dejicitur. *l.* 5. *h. t.* Civilis fit per litis contestationem, *l.* 10. *C. de Adquir. et ret. Poss.* vel etiam per libelli oblationem. *l. pen. et ult. C. de Ann. except.* Ut igitur usucapio absolvatur, possessor rem sine judiciali controversia per legitimum tempus detinere debet: Quod si vel in detentione turbetur, vel lis ei moveatur, possessio praeterita nihil ad summam dominii prodest (3).

(n) Porro de translatione possessionis ab uno in alium, sciendum est eam non interrumpere usucapionem, sed tempus primi possessoris etiam prodesse successori tam universali quam particulari, modo tamen dispari. Nam heres in usucapione a defuncto rite coepta pergit indistincte, *licet ipse sciat praedium alienum esse*; quoniam haec pro superveniente scientia habetur, §. 12. *h. t. l.* 43. *ff. h. t.* heres autem omnimodo defuncti vice fungitur. *l.* 22. *h. t.* Ideoque nihil consideratur quam an defunctus usucapere potuerit; si ita, potest et heres; sin, neque hic potest etiamsi bonae sit fidei, ut ne quidem inchoare permittatur usucapionem ex sua persona et fide bona, quia vitium defuncti, a quo res primum possessa fuit, obstat heredi qui illum repraesentat, siquidem non modo in virtutes sed etiam in vitia defuncti succedit. *l.* 11. *de div. temp. praescr. et l.* 11. *C. de adquir. et ret. poss.* Inter successores particulares, ut emptores, venditores, donatarios legatariosque tempora similer conjunguntur, quod constitutione Antonini effectum, §. 13. *h. t.* qua posteriores esse videntur, *l.* 14. *h. t. l.* 2. §. *pen. pro empt. l.* 14. *de divers. temp. praescr.* ex quibus gratis Hotemannus *heic* probat, etiam ante Antoninum hanc conjunctionem in usu fuisse, ut colligat inde Auctoris bonam fidem prodesse etiam successori particulari mala fide praedito, quod verum non est. Nam etsi inter particulares conjunctio fiat, tamen non ita fit, ut successor auctorem per omnia repraesentet, quemadmodum heres defunctum, (rationem vide in §. 11. *I. de Testam. ord.*) sed hi utuntur accessione temporis, quo primi, si bonam habuerint fidem, possederunt, si et ipsi hanc fidem bonam pariter adferant. *l.* 2. §. 20. *pro empt. l.* 14. *h. t. et l.* 14. *de divers. temp. praescr.* Quod si primus possessor malae fidei fuerit, manifestum est, non posse praedonis detentionem cuiquam ad usucapionis effectum prodesse. Etsi ille fidem bonam habuerit, mala autem successor laboret, non potest hic continuare inchoatam usucapionem, quia fide caret et persona Antecessoris nihil ipsi praestat, quia illum non repraesentabat, nec in virtutes ejus succedere solet. *l.* 2. §. 17. *pro empt.* Verum alia parte meliori quam heres conditione fruitur successor particularis bonae fidei; nam cum heredi usucapionis initium quoque interdicatur, si defunctus sciverit rem alienam esse, ut dictum; Emptor sane, vel donatarius ex sua persona minime vetantur longo usu capere, quod ignorant alienum fuisse, tametsi venditor, et donator id fraudulenter celaverint. Nam quemadmodum illos in virtutibus non repraesentant, ita neque in vitiis eorum vices gerunt, *l.* 5. *de divers. temp. praescr.* quae et generaliter et specialiter de vitio donationis loquitur, quod hoc donatario non sit impedimento, quominus ex sua persona, modo fides adsit, usucapiat; cui nobis obstare non videtur *l.* 4. §. 31. *ff. de doli mal. et met. except.*

(m) *Pos.* 20. (n) *Pos.* 20. *et seqq.*

(3) *Sed per litis contestationem non interrumpi usucapionem probant* l. 18. ff. de R. V. l. 9. §. 6. ad exhib. l. 2. §. ult. pro empt. l. 2. pro don. *Uti ipsemet Auctor fatetur in praelect. ad ff. h. t. n.* 4.

10. (e) Caeterum, usucapionis jus cum sit civile, tametsi fundamentum in Jure Gentium habeat, potest tamen a Lege ad utilitatem Reip. varie gubernari. Cujus rei speciem habemus in §. *ult. h. t.* ubi multe facilius, quam per usucapionem, domini jura suarum rerum amittuut. Nam si res tua, te inscio, ad Fiscum pervenerit, isque eam rem alienaverit, tu vindicare tuam rem a possessore non potes, (quod tamen olim licebat. *l.* 13. §. 9. *de hered. pet. et l.* 41. *ff. de jur. fisci.*) sed qui a Fisco emit citra usucapionem, confestim securus est, nec Domino quidquam reliquum est quam actio de pretio adversus Fiscum intra quadriennium: Atque hoc privilegium Justinianus etiam patrimonio Principis et Augustae concessit. *d.* §. *ult. l. ult. C. de Quadr. praescr.* Est autem constitutio illa satis in se enormis, ut quae non modo dominium tollit, sed et duriorem adversarium, qualis est princeps, objicit, quod iniquum. *l.* 3. *in pr. de alien. jud. mut.* Usque adeo tamen utilitatis publicae interest, venditiones fiscales prompte expediri, ut rei respectu haec constitutio facile defendatur. Quod si dicas frustra utilitatem publicam citari ad defensionem iniquitatis, sciendum est, quod in publicam utilitatem fit, id ex communi civium consensu fieri censeri. Proinde, cum ipsi malint privatos damno quam Rempubl. incommodo affici, damnum tunc quod privati patiuntur, iniquum non est erga volentes, quod injustum foret adversus invitos vel ejusdem Reipublicae vinculo non conjunctos. Pluribus, quid utilitas publica valeat prae singulorum commodis, vide luculenter disserentem Æneam Sylvium in *lib. de ort. et auct. S. R. I.*

TIT. VIII.

DE DONATIONIBUS.

I. Donatio modus an causa dominii adquirendi, et an modus Juris Gent. an civilis. II. Definitio et Divisio et quid mortis causa Donatio, III. Differentiae hujus ab Legato. IV. Donatio inter vivos quid et quotuplex. V. De insinuatione donationis. VI. Qui donare possint. VII. Ex quibus causis donatio revocari possit. VIII. De propter nuptias donatione.

(s) Secunda inter modos adquirendi civiles refertur a Justiniano DONATIO, de qua tamen dubitari potest sitne modus an causa, seu titulus adquirendi Dominii. Sane cum non traditione duntaxat, sed et conventione, uti mox videbimus, perficiatur, conspicuum est, quatenus conventione absolvitur, ita non esse modum adquirendi immediatum; quia tralatitium est, non pactis sed traditionibus rerum dominia transferri, *l.* 20. *C. de pactis.* Quatenus vero traditione fit, ita est *modus* quidem dominii transferendi, sed non peculiaris: magis igitur est ut *donatio*, qua talis, uti causa dominii consideretur; utrovis autem modo fiat donatio, certum est genus ejus proprie non esse Contractum; non quando traditione fit, quia ex contractu obligatio nascitur, quae non oritur ex donatione statim impleta. *l.* 3. *princ. et* §. 1. *ff. de O. et A.* Conventione autem facta Donatio parit quidem obligationem ad tradendum, §. 2. *I. h. t.* sed proprie tamen contractus non est, quia nullum in ea negotium, nullum συνάλλαγμα, quod dici possit, geritur; sed est beneficium et liberalitatis exercitio, quae opponitur contractui sive negotio gesto. *l.* 14. *de precario. l.* 58. *fin. pr. de donat. int. Vir. et Ux. et l.* 43. §. 1. *de admin. tut.* Non aliam ob causam Justinianus hunc titulum potius heic quam inter contractus collocavit, tametsi hoc reprehendat Balduinus *ad hunc* §. et tam subtile discrimen illud sit, ut ob affinitatem donatio saepe juxta Contractus recenseatur. *l.* 7. *C. de his, quae vi met. l.* 17. *C. de fide instrum. l.* 8. *C. de praesc.* 30. *vel* 40. *ann.*

SCOLIUM.

Igitur donatio in genere melius definitur per actum. *Struv.* Exerc. 40. th. 2.

Jam, quia nemo dubitat, quin factum sive negotium docendi Gentium cunctarum commune sit atque traditio sit etiam modus adquirendi Juris Gentium, §. 40. *I. de R. D.* nec de eo dubitari potest, utrum donatio sit Modus adipiscendi Juris Civilis, an Gentium. At scrupulum facit, quod hic donatio in serie adquisitionum juris civilis recenseatur; non satisfacies, si dixeris, originem ejus ex Jure Gentium esse, formam specialem ex jure civili; nam sic dicere posses, traditionem quoque ex venditione esse

(e) *Pot.* 25. (s) *Pos.* 1. 2. *et* 3.

modum juris civilis, quia ooo pauca et io venditione specialis jure civili reperta, constat: Proinde absolute fatendum, donationem, quae traditione inter vivos fit, esse modum juris Gentium, sed quod Justioiauus eam in ordine civilium adquisitionum referat, hoc donationem mortis causa et propter nuptias spectare. (1) Tu dices, non apud Romanos solos mortis causa donatur, sed et apud Graecos, ut exemplo Telemachi ex Odyssea probat Imperator; et ubivis Gentium; nec infieiamur, quod ad factum et genus donandi: Sed heic consideramus articulum momentumque et quasi punctum adquirendi, quod Jure Romano transigitur immediata vi legis sine ullo facto hominis, ut donatarius confestim a morte donantis fiat Dominus, *l.* 2. *de Publ. in rem. act.* ad exemplum legatorum, *l.* 80. *de Leg.* 2. quod procul dubio a simplicitate juris gentium alienum est. Praeterea etsi apud alias quoque gentes propter ouptias donetur, tamen quae jure nostro prodita est, eam talem putamus cui similis alibi gentium nusquam reperiatur, adeo ut toto genere nova videri possit, uti mox intelligetur.

2. (b) Caeterum, Donatio nihil est aliud quam liberalis rei in alium *collatio*. Dicamus ita potius quam *alienatio*, quomodo in *posit.* 1. *h. t.* habetur; nam alienationis vocabulum non convenit donationi quae fit per conventionem, quia significat translationem dominii, *l.* 1. *C. de fund. dot.* ut recte animadvertit *Scholiastes* noster. Donationis duo sunt genera, mortis causa et non mortis causa, inquit Imper. *in pr. h. t.* Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, sive imminente periculo, sive ob solam mortalitatis cogitationem. * *l.* 2. *et seqq. de m. c. donat.* Fit quidem ut plorimum ita, ut res donata non nisi post mortem donatoris transferatur, quia proprium hujus donationis est, quod donator se rem malit habere quam donatarium, ut Imperator versiculis ex Homero probat *hoc* §. 1. (c) Verum potest etiam sic fieri, ut traditio confestim sequatur, quod fieri solet ubi de vita donator desperat. *l.* 2. *de m. c. donat.* Qui si praeter opinionem convaluerit, donatio ipso jure rescinditur, §. 1. *h. t.* ubi tres modi traduntur quibus mortis causa donatio revocatur; primus, *si donator supervixerit*, sive periculum cujus respectu donaverat evaserit; alter si donatarius moriatur ante donatorem; tertius, si donatorem poenituerit; quibus casibus non modo retinere potest quod nondum tradidit donator, (d) sed etiam repetere quod revera praestitit; duntaxat de genere actionis dubitatur. *l.* 35. §. 3. *de m. c. donat. et l.* 29. *eod.* et *l. sequent.* Cassiani personalem dabant, et quidem condictionem ob causam dati, causa non secuta. *l.* 35. §. 3. *de m. c. donat.* Ulpianus putat defendi posse in Rem esse dandam, *l.* 29. *eod.* et in *l. sequent.* utramque conjungit; nimirum condictio fundatur in translatione Dominii quae per traditionem anticipata erat: at quia donatio hanc conditionem habebat, ut certis casibus irrita esset, his existentibus dominium donatoris mansisse videtur; ut ita rem non directe, sed utiliter vindicare possit, tanquam dominium tacite ad ipsum redierit vel numquam discesserit. Fondamentum tamen personalis actionis evidentius est, quia traditio illa procul dubio dominium transtulerat; ideo Cassiani fidentius statuebant, se non dubitare, quin condictio daretur. *d. l.* 35. §. 3. Proculejani timidius, se putare in rem actionem posse defendi, *d. l.* 29. interim tamen condictionem quoque admittebant, in *l.* 30. Adeo autem revocandi facultas inest huic donationi, ut si quis praesenti mortis cogitatione ita donavit, ne ullo casu revocetur, quanquam verbis tenus speciem donationis mortis causa habeat, ac ita vocetur in *l.* 13. §. 1. *in fin. et l.* 35. §. 4. *de m. c. donat. item Nov.* 87. vim tamen contineat donationis inter vivos, *l.* 27. *de m. c. donat.* vel potius mediae cujusdam naturae esse videatur; qua de re mox iterum.

3. (e) Hactenus igitur haec Donatio ultimae voluntati similis est, quod poenitentia et morte ante donatorem extinguatur; quemadmodum in caeteris Legato per omnia comparatur, ut loquitur Caesar in §. 1. *h. t.* Nam etiam quinque testes, ut omnes ultimae voluntates, requirit, *l. ult. C. de donat. c. m.* detractionem Falcidiae admittit, *l.* 5. *C. ad L. Falc.* recipit substitutionem, *l.* 1. *C. de Donat. c. m.* jus accrescendi, *l. un.* §. 14. *C. de cad. toll.* cautionem Mutianam. *Nov.* 22. *c.* 44. §. *ult.* Denique et dominium instar legati immediate transfert. *l.* 2. *de publ. in rem. act.* At vero per plura et insigniora discrepant. Et quidem summa differentia est, quod legatum sit voluntas unius testatoris dominiumque legatario praestet absenti ac ignoranti. *l.* 80. *de leg.* 2. *et l.* 64. *de Furt. in f.* Sed donatio non dantis voluntate duntaxat, verum et acceptatione Donatarii perficitur, quod tam naturali rationi quam civili consentaneum, ut docet Grotius 2. *de J. B.*

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 8. 9. *et* 10. (d) *Pos.* 11. (e) *Pos.* 5. 6. *et seqq.*

(1) *Consule omnino Averan. interpret.* lib. 1. cap. 29. *et Hein. in not. ad Vinn.* n. 8. pr. h. t.
* Donatio mortis causa omnium bonorum Jure Saxon. El. insinuatione judiciali opus habet, *P.* 3. *C. El.* §. 1. *damit nun.*

et P. c. 11. §. 14. Hinc absenti non aliter res donata adquiritur, quam si praesens vel per internuntium eam acceptarit. *l.* 4. *et l.* 10. *de donat.* Eaque communis interpretum et praxi confirmata doctrina est, teste Sandio *lib.* 5. *decis. tit.* 1. *def.* 1. ubi Fabrum contra decentem ex *l.* 35. §. 5. *C. de donat.* refutat. Atque hic utriusque voluntatis concursus non tantum inter vivos, sed aeque in mortis causa donatione requiritur, ut apparet ex *l.* 8. §. 3. *de bon. libert.* Hinc in *l.* 38. *de m. c. donat.* Marcellus, *nam mortis causa donatur*, inquit, *quo praesens praesenti dat*; respectu ad id, quod plerumque fit, habito, cum sane id in legato minime desideretur. Id tamen sciendum, donantis voluntatem semel declaratam durare; ideoque acceptationem post mortem ejus factam sufficere ad adquirendum; at si donatarius moriatur priusquam acceptarit, certum est heredem nihil habere petendum. *d. l.* 10. Grot. *ibid.* §. 15. Sunt et plura in quibus haec donatio actus inter vivos imitatur, ideo cum legatum in annos singulos regulariter sit multiplex, secundum *l.* 4. *de ann. leg.* donatio mortis causa in annos singulos, ut stipulatio, est simplex *l.* 35. §. *ult. de m. c. donat.* Legatum non nisi post mortem perfectum est ideoque tunc indigno auferri potest; *haec donatio consensu mutuo perficitur, neque post mortem ob indignitatem adimi potest.* *l.* 5. §. 17. *de his, quae ut indign.* Filiusfamilias legare ne quidem Patris consensu potest, quia testandi incapax, sed mortis causa donare Patre annuente, non prohibetur. *l.* 25. §. 1. *de m. c. donat.* In legatario capacitas et tempore mortis et aditae hereditatis spectatur. §. 4. *Inst. de hered. qual.* In hac donatione simpliciter tempore mortis. *l.* 22. *de m. c. donat.* Denique, Revocatio liberalitatis propter periculum cessans, de qua dictum, non obtinet in legatis; sed in his expressa revocatione opus est. *tit. D. de adim. leg.*

4. (f) Sequitur donatio inter vivos, quae sine respectu ad casum mortis celebratur, est que vel simplex, vel non simplex sive relata. Simplex, quae fit ex absoluta liberalitate, Relata, quae celebratur ob respectum aliquem, quo cessante non fieret, ut est donatio remuneratoria. *l.* 27. *de Donat.* Propter nuptias §. 3. *h.* atque ipsa mortis causa donatio, de qua dictum, omnesque adeo, quae sub modo, die, vel conditione fiunt, *tit. C. de donat. quae sub mod.* Hae omnes sub genere donationis sine scrupulo continentur, quia χωρὶς ἀνάγκης: *nullo jure cogente fiunt*, qui est character Donationis. *l.* 29. *eod.* Beneficium, auctore Seneca, dicitur, *quod quis dedit, cum ei liceret et non dare.* Remuneratoria donatio dicitur quidem non mera, in *d. l.* 27. sed hoc est, non simplex, non absolutae liberalitatis; neque enim placet eum textum accipere de praestatione honorarii pro opera impensa, sed de liberali datione gratitudinis causa ut ex verbis Reguli donatoris apparet. Modus porro Donationem perficiendi est voluntas dantis et acceptatio donatarii, ut modo dictum, id est mutuus consensus; qui vel traditione statim confirmatur, vel in conventione subsistit donec traditio sequatur; Ad quam Donator etiam invitus compelli potest, non secus ac venditor ad rei venditae traditionem. §. 2. *h. t.* Id tamen ex superioribus repetendum, si donator promiserit, alter nondum acceptarit, locum esse poenitentiae et promissionem μονομερῶς factam posse revocari, quia nulla adhuc obligatio ex unius voluntate contracta est; quemadmodum etiam, si quis absenti dixerit se aliquid donare vel remittere, nulla inde obligatio contrahitur, ne quidem si postmodum acceptetur, quando alter mutat voluntatem, ut ex re memini esse judicatum. Denique, cum olim sola stipulatio donantem obligaret, ex Justiniani constitutione pactum etiam nudum eandem vim habet. *l.* 35. §. *ult. C. de Don.*

5. Porro idem Imperator insinuationem in acta publica praecepit, (g) si donationes summam quingentorum solidorum * sive aureorum excederent, *l. penult.* §. *ult. C. eod.* qua omissa, quod excedit definitam summam, id tanquam vitiosum praeciditur ut soli praestantur quingenti, *l.* 34. *C. eod. Nov.* 162. *c.* 1. §. *ult.* Alias prohibita non est Donatio, quantumvis omnium bonorum, tam futurorum, ut videtur, quam praesentium, *l.* 35. §. 4. *C. eod.* modo liberis, si quos habet donator, legitima relinquatur. *l.* 5. *C. de inoff. donat.* Attamen simpliciter facta Donatio omnium bonorum, non praesumitur futura complecti. *arg. l.* 7. *de aur. et arg. leg. l.* 22. *de donat.* Nec quisquam alterius hereditatem viventis donare potest, quod est *festinare adversus bonos mores et jus Gentium*, ut eleganter ait Papinianus in *l.* 29. §. *f. de donat.* Bartholus tamen et communior Dd. consensus donationem omnium bonorum praesentium et futurorum, ut insanam et contra

(f) *Pos.* 13. 14. 15. (g) *Pos.* 16. 17. 18. 19. 20. 21.

* Id est in Saxonia aureorum seu ducatorum *p.* 2. *C. El.* 14. §. *So abr.* Caeterum Jus Sax. hic adeo Juris Civilis dispositionem sequitur, ut Gerada quoque, si 500. aureos excedat, coram Notario et testibus donari nequeat, *d. C.* ibique Carpz. *D.* 16. *conf. dicta ad tit.* 20. *l.* 2. §. *f.*

bonos mores factam, improbat neo valere censet, teste Schnoidewino *hic n.* 86. *et* 88. Fachin. 6. *controv.* 87. nisi donator usumfr. retinuerit, Fachin. *d. l.* 6. *c.* 89. sed praesentium duntaxat bonorum donationem concedunt, vide Fabr. in *suo Cod. l.* 4. *lib.* 22. *tit.* 5. *n.* 13. *et* 14. Clarum *v. Donatio p.* 19. Broneborst. *cent.* 3. *assert.* 71. Tamen ut absit omnis suspicio fraudis, recte a Justiniano constitutum est, enormes Donationes uti actis insinuarentur. Cui tamen legi non nisi donationes absolutae subjacent; non igitur remuneratoriae, non mortis causa, nec propter nuptias, redemptionem captivorum, restitutionem aedium incensarum, neque Principi vel a Principe factae, *d. l.* 34. *l. pen. pr.* §. 1. *et* 2. *C. eod.* Donatio autem piis locis facta, si excedat 500. solidos legi est subjecta, *l.* 19. *C. de SS. Eccl.* nec ulla causa est, cur Donatio per jusjurandum firmata absque insinuatione subsistat, ut tradit Gail. 2. *obs.* 39.

6. (h) Donare autem possunt omnes qui rerum suarum dominium atque administrationem habent, nisi quod is, qui crimen capitale admisit, tametsi administrationem rerum suarum retineat, *l.* 46. §. 6. *de jur. fisc.* donare tamen cum effectu nequeat, sed post condemnationem donatio revocetur, *l.* 15. *de donat.* tanquam in fraudem fisci et *suspicione poenae* facta, ut loquitur Ulpianus in *l.* 7. *de m. c. donat.* quae ratio indicare videtur, postquam bona publicari desierunt, quod donatio amplius non revocetur. *arg. Auth. bona damnatorum. C. de bon. proscript. ex Nov.* 134. *c. ult.* Caeterum, mortis causa donationes strictius olim reis capitalibus interdictae fuerunt quam inter vivos, siquidem illae etiam ante crimen factae, secuta damnatione, rescindebantur, *l.* 7. *de m. c. donat.* exemplo ultimarum voluntatum. *l.* 8. §. 1. *Qui testam. fac. poss.* Quod an perinde per *d. Nov.* 134. mutatum sit, alibi disputandum. Praeterea Pater filiofamilias frustra donat, *l.* 1. *Pro donato.* quoniam ipse sibi donare videtur propter vinculum patriae potestatis, *l. ult. C. de impub. et aliis subst.* quo soluto, quo minus Pater filio donet, nihil vetat, adeo quidem, ut morte patris donatio confirmetur atque inde ab initio valuisse existimetur, *l.* 25. *C. de Donat. inter. Vir. et Ux.* cum olim non nisi scripture ultimae voluntatis firmari posset, *l.* 16. *de Donat. l.* 5. *C. eod.* In militiam tamen proficiscenti filio Pater recte donare dicitur, *l.* 4. *C. famil. ercisc.* item propter bene merita sustineri Patris remunerationem erga filium, communis est sententia Dd. teste Gail. 2. *obs.* 38. Fachin. 3. *controv.* 74. De conjugum prohibitis donationibus est tit. in *Pandectis.*

7. (i) Porro, quia Donatio mortis causa fit hac mente ut donator se rem habere malit quam donatarium, sed inter vivos ex absoluta liberalitate, ideo haec est irrevocabilis, ut nec morte nec poenitentia rescindi queat: nisi quod Donatio habitationis morte Donatoris semper finiatur, quod est admodum speciale, *l.* 32. *h. t.* (2) quanquam secus in Donatione remuneratoria observetur, *l.* 27. *de donat.* Praeterea proditae sunt legibus certae Ingratitudinis causae, quarum unam si donatarius commiserit, everti donationem Imperator concedit. *l. ult. C. de revoc. donat.* Species autem hujus ingratitudinis, ob quam donatio revocatur, sunt hae; Nempe, si atroces injurias in donatorem effundat, vel manus impias inferat, vel grave damnum substantiae ejus imponat, vel vitae aliquod periculum ei intulerit, denique si conditiones liberalitati adjectas implere noluerit. *d. l. ult.* Praeter quas an admittendae sint aliae graviores, vel aperte similes, disputant Interpp. sed affirmativa communis et probabilior sententia est, ut videbimus, ubi hanc quaestionem de causis exheredationis tractabimus: Neque alienum a ratione est inter pares causas referri et hanc, quod donatarius omnium bonorum alimenta donatori ad inopiam redacto negaverit. Confer *l.* 8. *de Decurion.* Motz. *cap. ult. de donat. num.* 59. Idque communissime receptum esse, testatur Bachov. *vol.* 2. *ad Tr. disp.* 19. *th.* 7. Est adhuc alia revocandae donationis causa, scil. superveniantia liberorum, quae traditur in *l.* 8. *C. de revoc. donat.* sed ibi tantum in persona patroni qui liberto donaverit memoratur, in quo specialis est ratio, si quidem is patrono ob inaestimabile beneficium libertatis obstrictior est. Ideoque ex mente illius textus, nativitas liberorum post factam donationem non est causa generalis revocandi donationes. Sed in praxi aliter receptum esse ex communi Dd. sententia tradit Mynsig. *cent.* 5. *c.* 65. neque id tam invita ratione quam verbis legis fieri, argumento sunt *l.* 102. *de C. et D. l.* 30. *C. de fideic.* nimirum si donatio sit omnium vel magnae partis bonorum. Fachin. 3. *contr. cap.* 88.

8. (k) Praeterea inter personas quibus interdictum est donationibus, de quibus supra, sunt

(h) *Pos.* 21. *et seqq.* (i) *Pos.* 30. 31. (k) *Pos.* 26. 27. 28. 29.

(2) *Donationem habitationis donatoris morte finiri non probat* l. 32. h. t. *cum in ea lege habitatio precario concessa proponatur, ita ut factum habitandi a voluntate concedentis semper dependeat. Ergo hoc speciale, quod Auctor vult, admitti nequit, vel ex aliis textibus, quos desidero, probandum foret.*

etiam Conjuges; ita ut ipso jure nihil valeat quod actum est. *l.* 3. §. 10. *de donat. inter. Vir. et Ux.* Sed licita est ea, quae propter nuptias dicitur, de qua Imperator agit in §. 3. *h. t.* et veteribus JCtis incognitam fuisse memorat. Donationes equidem inter sponsum sponsamque satis notae et usitatae jam olim erant, ut apparet ex *l.* 1. §. 1. *de Donat. l.* 8. *et seqq. C. de donat. ante nupt.* Sed haec est constitutio pecuniae, qua mulieri praestatur securitas et quasi repraesentatio dotis, ut si de hac periclitetur, vice aliquid dotis dissipatae habeat: itemque ut quibus casibus dotem vir lucratur, iisdem uxor donationem propter nuptias retineat, *Nov.* 61. c. 1. *pr. et* §. 1. *Nov.* 91. *cap.* 2. *N.* 97. *c.* 1. quae alioqui, soluto matrimonio, regulariter ad maritum, quemadmodum dos ad mulierem revertitur. *l. ult. C. de don. ante nupt.* Conveniunt etiam in his, quod dos et donatio ejusdem quantitatis, ac quoad pacta aliasque conditiones ejusdem qualitatis esse debeant, ne si donatio prae dote excellat, in speciem absolutae liberalitatis incidat, quam inter virum et uxorem prohibitam esse, modo diximus. *l. pen. C. de Donat. ante nupt. et Nov.* 97. Non tamen idem juris mulier in donatione propter nuptias quod vir in dote exercet; nam quia haec pro sustinendis oneribus matrimonii datur, quae mulieri nulla incumbunt, consentaneum est, eam nec fructus rerum donatarum percipere, quod nec usquam legitur (Nam *Nov.* 22. *c.* 23. de usufructu dato loquitur) et si fieret, dos viro penitus foret inutilis, si quantum ex dote perciperet, tantum ex donatione amitteret; imo nec dominium, nec possessionem ad eam transire, statuit Clariss. D. Wissemb. disp. ad *inst.* 14. *th.* 16. ex Bachovio 2. *ad Tr. disp.* 19. *th.* 8. *lit.* 8. Quod si verum est, quare haec Donatio appelletur, nullatenus video; praeterquam quod vindicare mulieri res donatas ut proprias permittitur, *l.* 29. *C. de jur. dot.* quam jus Domlni erguere tralatitium est. Responsio ad hoc et rationes in contrarium, quas profert *d. loco* Bachovius, oppido parvi sunt momenti. Ideoque et tradi res donatas et dominium transferri, sed administrationem atque emolumentum penes maritum esse, ex *d. l.* 29. *et Nov.* 61. c. 1. *aliisque textibus* existimaverim. Nisi donationem sola conventione perfectam, per quam res non traditae sed mulieri assignatae et quasi cautae sint, intelligendam putemus. Quod de jure accrescendi circa servum communem manumissum traditur ab Imperatore *in* §. *ult* non est operae pretium in loco alieno commemorare. Tu, videsis in textu.

TIT. VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET VEL NON.

I. Quid sit alienatio. II. De pignoris alienatione. III. Ex quibus causis Dominus prohibeatur alienare. IV. De pupillo alienare prohibito. V. De rebus alienari prohibitis, obiter. VI. Fundum dotalem a viro non posse alienari. VII. Maritum fundi dotalis esse dominum. VIII. De privata alienandi prohibitione ejusque effectu.

(a) Perfecta dispositio, quae dominis de re propria competit, nulla in re clarius perspicitur quam in potestate alienandi. Unde Aristoteles *lib.* 1. *Rhet. cap.* 5. ὅρος τοῦ οἰκεῖον εἶναι, inquit, ὅταν ἐφ' αὐτῷ ἢ ἀπαλλοτριῶσαι *Definitio Dominii est, ubi penes nos est alienandi potestas.* Hinc et in jure nostro Alienatio definitur, *omnis actus, per quem dominium transfertur*, *l.* 1. *ƒ. C. de fundo dot.* unde notissima regula, quemque rei suae liberum esse moderatorem atque arbitrum, *l.* 21. *C. Mand.* nihil tam naturale esse quam voluntatem domini, rem suam in alium transferentis, esse ratam, §. 40. *supra de R. D.* cui regulae ex adverso alia respondet; Eum qui non est Dominus aliendi potestatem non habere. Sed revocanda ie memoriam limitatio, quam pridem in definitione dominii perfectae dispositioni de re sua addidimus, *nisi lex vel conventio obsistat.* Saepe enim accidit, ut alienandi facultatem non habeat is penes quem est dominium, et contra, ut qui non est Dominus alienare possit, cujusmodi exceptiones, (παράδοξα θέματα, ait *Theophilus*) in hoc capite tractantur. Nos hujus regulae, *Qui non est dominus non potest alienare*, primo dabimus exceptionem, quam Justinianus secundo loco refert, ordine sic postulante. Est autem haec;

2. (b) Creditor, etsi Dominus pignoris non sit, tamen hoc alienare potest; non modo si convenerit ita cum debitore, (quo casu debitor ipse magis alienare videtur,) sed etiamsi

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. 4.

nihil convenerit, modo antea denuncietur ut solvat debitori, *l. 4. C. de distr. pign.* imo etsi debitor sit pactus ne alienare liceat, adhuc tamen creditori alienatio permittitur, si prius ter denunciaverit debitori ut solveret, atque cessaverit. *l. 4. de pignor. act.* Nam si deficiente solutione, pignus nunquam vendere liceret, scopus pignerationis, qui est ut creditori satisfiat, penitus cessaret. Caeterum, Justinianus novum praescripsit modum in executione crediti et pignore alienando. *l. ult. C. de jure dom. imp.* Nempe, si quid pacto convenerit, sine dubio id servandum. *d. l. ult.* §. 1. Si nihil conventum, post denunciationem vel sententiam de solvendo, permittitur distractio, quam non aliter debitor impediro potest, quam integra sorte cum usuris oblata. *l. ult. C. debit. vendit. pign. imped. non poss.* Quod si res emptorem non invenerit pretio tolerabili, fit iterum denunciatio, vel absenti judex terminum praefiget intra quem solvat. Cui si non pareat, Creditor dominium a Principe impetrabit, quod tamen debitori intra biennium luere, solutione oblata, conceditur. §. 2. *et* 3 *d. l. ult.*

3. (c) Altera regula, quod *dominus alienare possit*, habet plures exceptiones; et quia locus hic incidit in articulum *de prohibita alienatione*, qui magni usus est, placet hic parumper ab ordine Caesaris digredi. Adeoque sic habetote. Prohibitio alienandi est vel publica vel privata. Publica vel immediate ex lege fit, vel interveniente Magistratus decreto. Priore modo propter rationes personales, aut reales. Ratione personali prohibentur alienare pupilli, de quibus Imperator agit in §. *ult. h. t.*

4. (d) Scilicet pupilli, quamvis rerum suarum Domini, nullam rem sine tutoris auctoritate alienare possunt. Cujus rei exemplum Imperator proponit in mutua pecunia, quam si solus alii dederit, *non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis*; habet textus *in pr. §. ult. h.* cui consequens est, eum vindicare posse nummos adhuc extantes, sive apud ipsum debitorem vel apud tertium, ut indicatur illis verbis, *sicubi extet*. Consumptis nummis, distinguitur, utrum bona fide consumptio facta sit ab eo qui dantem esse pupillum ignorabat, an mala. Si bona fide, responsum est convalescere mutuum ex consumptione, ideoque nasci condictionem certi, quae est ordinaria mutui actio. *l. 19. §. 1. de reb. cred.* (e) Ex eo autem quod pupillus alienare nequit, non modo sequitur, non recte ei sine tutoris auctoritate solvi, sed nec debitorem solutione ita facta liberari, ut ratiocinatur Paulus in *l. 15. pr. de solut.* quemadmodum et Gajus in *l. 28. pr. de Pactis* inde colligit, nec paciscendo pupillum remittere posse debitum, nequidem ad tempus. Justinianus id latius prosequitur in *d. §. ult. vers. Ideoque.* Ubi addit epitomen constitutionis suae ad Caesarienses advocatos, quae creditur esse *l. 25. C. administ. tut.* ei sane non dissimilis, qua, ut debitor minori aut pupillo secure solvat, praeceptum Judicis requiritur, *nisi quid ex reditu vel pensione solvatur vel usuris non excedentibus centum solidos, aut biennii metas*, ut habetur in *l. 27. d. t.* cujusmodi solutiones ordinaria auctoritate peragi possunt. Contra praescriptum legis solutio facta, siquidem tutoris vel curatoris auctoritas intercesserit, valet quidem ipso jure et effectum liberationis debitori tribuit, sed pecunia forte in rem pupilli non versa, impetrari potest restitutio in integrum, *l. 1. C. si advers. solut. l. 2. C. si tutor.* quae nec hodie competit, nec olim adhibito judicis decreto dabatur. *l. 7. §. 2. in fin. de minor.* At si pupillo aut minori curatorem habenti solutio soli sit facta, pro non facta habetur; Ideoque debitor adhuc manet obligatus, ut pecuniam tamen extantem vindicare liceat aut condicere; quatenus minor aut pupillus inde locupletior est factus, vel iisdem casibus petentem ex obligatione, doli mali exceptione repellet, *ut in citatis textibus est scriptum.* Quod si penes pupillum nihil ex ea pecunia vel occasione ejus comparatum supersit, debitor ἀμάχως καταδικάζεται, *omnino condemnatur*; etsi adolescentes pecuniam malo studio in ganeis et lustris prodegerint, ἀσώτως, ut ait Theophilus. Habet enim quod sibi debitor imputet, praescripta legum non secutus. Jam illud per se constare potest, quod (f) habetur *in fin. h. tit.* pupillum non recte quod debet solvere, quoniam id alienare est, proinde nec solventem liberari, neque nummos accipientis fieri, sed vindicandos, nisi fuerint consumpti; quo casu, ut de mutuo supra intelleximus, solutio convalescit et pupillus ab obligatione liberatur. *l. 14. §. ult. de Solut.* idemque, sed latius, est in *l. 19. §. 1. de reb. cred.* neque distinguitur hic, utrum creditor sit locupletior vel non, sed etsi pecunia casu fortuito perierit, pupillum tamen vel minorem liberari, verius videtur, ut contra Donellum recte eum Doctoribus defendit D. Vinnius, *ad hunc §.* cujus rationibus addi potest, creditorem sibi imputandum habere, quod ab eo pecuniam acceperit, quem jus dandi non habere cognosceret. Quae de pupillis ex Imperatore commemorata sunt, haec ipsa de minoribus et omnibus qui sub cura sunt accipienda esse, docent textus *in l. 3. C. de in int. restit. min. l. 5. l. 40. de R. J. et l. 65. §. 3. ad Sct. Trebell.*

(c) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 7. 8. (f) *Pos.* 9. 10.

5. (g) Respeelo reali ooo possunt alienari res exemptae commercio, ut sacrae, sanctae, religiosae, liberi homines, publieae, nominatim res dominicae, vulgo *domania*, Res litigiosae, denique Dotales. De his omnibus heic agere oon est consultum et oecasiones aliae dabuntur. Sed de rebus dotalibus agit Imperator *in pr. h. t.*

6. (h) Scilicet, donationem propter nuptias uxori a marito in vieem dotis dari, *superiore titulo* intelleximus. Dos autem, oihil est quam *Pecunia data marito ad sustinenda onera matrimonii. l.* 56. §. 1. *D. et l.* 20. *C. de jure dot.* Pecuniae vox generaliter io definitioue, ut in *l* 5. *de V. S.* accipitur, pro eunctis rebus tam mobilibus quam immobilibus. Et rerum quidem mobilium sine dubio vir fit dominus. * Etiam immobilium aestimatarum, quas proinde pro lubitu alienare potest, *l.* 10. §. 4. *D. l.* 3. *l.* 5. *et l.* 0. *C. de jure dot.* ut et res mobiles indistincte. *l.* 3. §. 2. *de suis et legit. hered. l.* 3. *C. de jur. dot. Auth. sive a me. C. ad SC. Vellej. l.* 21. *de Manumiss. et l.* 1. *C. de serv. pig. dat.* Quominus autem res inaestimatas maritus aeque alienare possit, Lex Julia ab Augusto lata impedimento est, per quam eautum fuit, no fundum Italieum dotalem maritus invita uxore alienaret oeve consentiente ea obligaret, Paulus 2. *sent.* 21. Strietius, ut videmus, ioterdicta fuit obligatio quam alienatio; Cujus rei eadem ratio est ac in SCto Vellejano, quod mulieribus pro aliis se obligantibus succurrit non donantibus *l.* 4. §. 1. *ad SC. Vell.* Nimirum, quia faciles sunt mulieres et imprudentes quidem, sed tenaces, haud temere donantes reprehendas, quia id raro faeiunt. *l.* 16. *C. de donat. ant. nupt.* Sed cum in praeseoti nihil expendunt, facile exorari se patiuntur ut res suas obligent, neque ita valent prudentia, ut vim oraculi Delphici percipiant, *ἐγγύα· πάρα δ' ἄτη:* sensu potius jacturae praesentis, quam provideotia futurae moventur. Justinianus taodem, teneritudine sua erga mollem sexum motus, ne volente quidem uxore vendi fundum dotalem permisit, *l. un.* §. 15. *C. de rei ux. act. et pr. h. t.* ita ut non modo omues tituli qoibus dominium transfertur, quos inter divisio, transactio, compromissum, permutatio; sed et oppignoratio, et servitutis impositio, sub alienatione prohibita contineantur. *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* (i) Moribus odiernis, cum jura dotium vix frequenteotur, hanc quoque prohibitiooem superfluam esse consequitur. In Frisia qoamvis Dotes earumque privilegia superfint, teste Saodio *l.* 2. *tit.* 2. *def.* 2. vir tamen et uxor pariter alinnare dotalia non prohibentur. ** *d. l.* 2. *tit.* 4. *def.* 2.

7. (k) Caeterum prohibita alienatio fundi Dotalis certissimo argumento est, maritum esse revera Dominum fundi dotalis; quia alioquin inepta foret exceptio haec a regula, Dominus alienare potest; Excipe maritum. *h. pr.* Sed et dominium ei tot locis asseritur, ut nihil elarius. *l.* 13. §. 2. *de fundo dot. l.* 7. §. 3. *de jur. dot. l.* 23. *C. eod. l.* 47. §. *ult. de pecul. et l.* 21. §. 4. *Ad municip.* Et quidem expresse ipsarum rerum dotalium, *d. l.* 23. *et l.* 7. §. 3. uode refellitur Vulteji distinctio inter dominium juris dotalis et rerum dotalium, *discep. scholast. cap.* 19. quam felioiter confotat M. Lyclama 7. *membr* 26. Justinianus quoque inter eausas Domioii jure Gentium adquirendi, Dotem expresse refert. §. 40. *I. de R. D.* Quod repetit Theophilus disertius ad hoc *princ.* Καὶ διὰ τῆς τραδιτζίονος δεσπότην αὐτὸν ποιεῖ τῆς πάσης προικός. *mulier per traditionem facit eum totius Dotis dominum*; non igitur rerum duntaxat aestimatarum, ut aliqui, inter quos Donell. 14. *comm.* 4. contra elaros textus, qui indistincte loquuntur, volunt. Quin ipsius fundi quem Lex Julia vetat alienari quemque inaestimatum intelligi nota res est, Dominus et praesupponitur maritus esse, frustra aliuqui excipiendus, et diserte oppellatur *l.* 13. §. 2. *de fund. dot.* Praeterea, ex eo quod dos est eausa adquireodi jure Gentium, refutantur, qui maritum juris subtilitate duntaxat Domioum fieri,

(g) *Pos.* 11. (h) *Pos.* 12. 13. 14. 15. (i) *Pos.* 17. (k) *Pos.* 16.

* Quin horum, ut et rerum immobilium aestimatarum venditionis gratia, domioium maritis in Saxon. competat, nemo dubitat. Dominium autem mariti Civile, ex legum subtilitate introductum, *v. Aut. h.* § 7. in rebus immobilibus num etiam apud Saxones locum habeat, sunt qui dubitent. Unde Zieglerus *ad Ordin. Proc. Sax.* t. 7. verb. *der Mann. wegen seines Ehrweibes.* et Nicol. *ad Proc. p.* 1. *c.* 7. *n.* 39. maritum in dotalibus oon oisi cum cautione rati agere vel excipere posse, statuunt. Verius tamen est, etiam hoc dominium Civile apud Saxones haud sublatum esse. Unde cautio, quam *d.* §. *O. P. S* a marito exigit, ad bona uxoris receptitia similiave merito restringitur, aut ad casum, si maritus non suo, sed defensorio nomine uxoris agat, excipiatve. vid. Menck. *Disp. ad Proc. V. ad Tit. VII. th.* 10.

** *Deciso El* 14 alienationem rei immobilis, a marito consentiente uxore factam, validam declarat, marito tamen jus et spem succedendi in pecuniam ex alienatione hac redactam denegat, nisi alius quoque Curator contractui fuerit adhibitus. Imo licet *d. Deciso* id expresse haud exigat, videas tamen Dd. Juris Saxoniei ad alienationem rei dotalis immobilis praecise alius Curatoris consensum desiderare, s. *L. R.* L. 1. u. 31. Phil. *ad d. Dec. Obs.* 5 *n.* 10. Carpz. *p.* 2. *C.* 25. *d.* 21. *n.* 7. conf. quae diximus ad *L.* 1. t. 13. §. 2.

uxorem revera et cum effectu pro Domina, durante etiamnum matrimonio, habendam esse tradunt, velut Duareous ad *tit. D. sol. matrim.* pariterque similis distinctio, maritum habere bonitarium, uxorem dominium Quiritarium; Cives enim Romanos in rebus mancipi notum et certum est, aliud quam Quiritarium habere non potuisse: idemque docent tot necessarii effectus solis dominis convenientes; primo, quod vir fundum dotalem vindicare possit, *l. 9. C. de R. V. l. 24. π. de act. Rer. amot.* quae ratio validior ex eo fit, quod mulier personalem duntaxat actionem ad recuperandam dotem habuerit, priusquam Justinianus in Rem ei daret. *l. 30. C. de Jur. dot.* Dein, Maritus fundum alienum in dotem accipiens usucapiendi conditionem assequitur, *l. 1. pro dot.* sed non posse idoneam usucapionis causam esse nisi et habilis sit eadem dominio adquirendo, dictum supra, et liquet ex *l. 74. in f. de contrah. empt.* Praeterea, Maritus dominium fundi servientis dotali praedio nactus, servitutem amittit. *l. 7. de fundo dot.* Unde aeque fortiter dominium evincitur per *l. 1. Quib. mod. servit. amitt.* Ususfructui vero, cui alii comparant dotem, haec et id genus alia nequaquam, sed vero tantum solidoque dominio conveniunt. Objectiones ad *ff. tit. de Fund. dot.* aut in Digressionibus removebuntur.

8. (l) Atque hae sunt prohibitiones quae immediate *a Lege* perpetrantur. Interveniente Magistratus decreto, alienari non prohibentur res pupillorum atque minorum, urgente necessitate, secus minime; sed hae de re caput proprium *in ff.* De privata alienandi prohibitione non agit in *hoc tit.* Justinianus; satisfacisious paucis divisioni propositae. Privata prohibitio fit vel conventione vel Testamento, dispari effectu, respective. Nam quae conventione juxta traditionem facta est, valet equidem, ita ut pacta atque contractus valere possunt, *l. 43. de pact.* nempe, ut adversus eum qui non stetit pactis, agatur in id quod interest *l. 135. §. 3. de V. O. l. 3. C. de Condict. ob caus. dat.* Sed quemadmodum pactis et stipulationibus Dominia rerum non transferuntur, ita nec res illis ita adficiuntur ut dominia per conventiones impediantur transferri, *l. 20. C. de pact.* etsi de pacto, quo creditor a debitore paciscitur ne pignus ab ipso alienetur, secus est scriptum in *l. 7. §. 2.* (1) *de Distract. pign.* Caeterum, Testamentaria prohibitio plus valoris a legibus accepit: Nam si alienatio adversus praeceptum testamento factum sit commissa, cui jus inde comparatum est, sive is, in cujus gratiam constat esse factam prohibitionem, habet in rem actionem, quae dominii argumentum est, *l. 23. in pr. de R. V.* habet, inquam, in rem actionem, *l. 69. §. 3. de Legat. 2. juncta l. 1. C. Comm. de leg. et fideic.* quae non competeret, si dominium, alienatione contra testamentum facta, translatum fuisset; sed latior hujus rei explicatio pertinet ad caput *de Fideicommissis.* Hoc unum tacite non est praetereundum; saepe fieri prohibitiones in testamentis sine designatione personarum quibus Testator velit consultum. Tales etsi disertissimae, nihil operantur; non quod heres parere non debeat, sed quod nemo inde jus agendi adquirat, si contra factum sit, qua de re vide *l. 114. §. 14. de legat. 1. et l. 93. in pr. de legat. 3.*

TIT. IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ADQUIRITUR.

I. Jure Rom. aliis per alios adquiri non posse, nisi per servos et filiosfam. II. Peculiorum origo. III. Eorumdem distinctio. IV. Jus Patris in filium emancipatum. V. De adquisitione per servos proprios. VI. Ex quibus causis per servos usufructuarios et bona fide possessos adquiratur. VII. Quatenus per liberas personas adquiratur.

(a) Quanquam a simplicitate juris Naturae et Gentium non abhorret dominia et obligationes per alias adquirere personas, praecedente vel secuta voluntate nostra, juris civilis tamen ea est ratio, ut, nisi casibus certis, de quibus in *hoc titulo* agitur, id non procedat. Obligationes non posse per alium adquiri, notum est ex *l. 73. §. ult. de R. J.* et videbimus ad §. 19.

(l) *Pos.* 18. 19. 20. (a) *Pos.* 1.

(1) *Ita l. 7. §. 2. de distract. pign. fusius explicat Auctor in Eunom. Rom Caeterum non video quid impediat quominus haec verba:* certum est nullam esse venditionem ut pactioni stetur *sic interpretemur*, nullam esse venditionem si pactioni stetur, *cum particula* Ut *quandoque conditionalis sit.*

I. de inutil. stipulat. Ratio, quae ibi redditur, quia obligationes sunt inventae ut unusquisque adipiscatur quod sua, non alterius interest, etiam Dominii quaerendi modis applicari potest: Nam et obligationes sunt causae Dominii, atque alium fieri Dominum nostra nihil interesse videtur; utique si de pecuniaria utilitate, quae in foro consideratur, loquamur. Nam aliter in societate hominum multa evenire possunt, ut non minoris amicum quam nos ipsos locupletari aestimemus, quod humanitati maxime est consentaneum. Proinde non est juris naturae illa ratio, tametsi nec evertat jus Naturae, ut recte probat T. Faber *disp. anniv.* 18. *th. ult.* sed mere positiva et civilis; cui ex antiquitate addendum videtur, Dominium per actus juris Quiritium non transferri, nisi per mancipationem, aut in jure cessionem, quarum neutram sine praesentia ipsius adquirentis peragi potuisse, constat ex Ulpiano *tit.* 9. ubi nec cretio hereditatis per alium fieri poterat. *l.* 77. *ff. de R. J.* Hinc sero admodum est receptum, ut actiones per ministros inferre vel suscipere liceret, quod in *tit. Inst. de iis per quos agere possumus* traditur, cum olim non liceret, nisi cum litigantes prorsus inhabiles ad personales functiones erant, ut populus, pupilli, servi. Ita nec Dominium per alios adquiri potuit, quam qui plane dominii incapaces erant, ut servi et filiifam. Utrique enim non modo quod ad corpora, sed res etiam ac bona, erant in potestate et ditione aliorum non modo servi, inquam, sed et filii respectu Patrum, ut Dionysius Halicarn. *lib.* 8. testatur; ubi probaturus falsum esse, quod Cassius a Patre ob affectatam tyrannidem supplicio affectus fuerit, ostendit, eum prorsus non fuisse filiumfamilias, ex eo quod bona ejus publicata tradantur: At, inquit, filiusfam. nihil bonorum, nihil proprium habere poterat. Quare si quid in filium vel servum transferretur, cum adquisitio in ipsorum personis consistere non posset, necessario dominium patri, vel hero cedebat. Hinc Imperator *in princ. hic.* adquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed et per eos quos in potestate habemus, scribit; olim quidem indistincte tam per liberos quam servus, donec in liberis peculiorum discrimen receptum est.

2. (b) Nam ante Caesares satis constat, peculia liberorum, ut servorum, una atque simplicia fuisse. Peculium autem est, pusillum filiif. et servi patrimonium. Antiquitus omnia bona vocabantur *peculium*, a pecudibus, in quibus universa veterum substantia constabat, ait Servius ad *Egl. Virg.* 1. Imo τὰς οὐσίας ἄχρι νῦν ἀπὸ τῶν προβάτων Πεκούλια καλοῦσι, *Patrimonia adhuc hodie peculia ab ovibus appellantur*, ait Plutarchus in *Public.* exemplum in *l.* 16. *pr. ff. ad Sc. Trebell.* ut pecunia in *l.* 5. *pr. ff. de V. S.* Sed quia verbum est ὑποκοριστικόν, ut ait JC. in *d. l.* 16. ideo patrimoniolis filiorum ac servorum inde jam olim applicitum fuit. Sic Livius *lib.* 2. et Plin. *l.* 24. *c.* 4. ex peculio Sp. Cassii signum Cereri consecratum tradunt, (unde refelli posset Dionysii argumentum, de quo modo.) Patres enim et Domini, ut per liberos atque servos opes augerent, si qui diligentiores ex iis viderentur, hos pecuniis, armentis, mercibus instruebant, ut pascendo, negotiando, vel artificio aliquo facerent lucrum. In quam rem Varro *l.* 1. *de R. R.* monet, dandam esse operam, ut servi *habeant peculium, quo alacriores fiant.* Hujus quidem aliquando libera administratio ipsis concedebatur, ut contrahere, novare, et omnia quae domini possent, *l. ult. princ. ff. de Novat.* non tamen donare, nisi ex singulari causa, *l.* 7. *ff. de donat.* proprietas enim et fructus patris erant ac dominorum. Quin etiam Patribus omnia cedebant, quae liberis successione materni generis aliave prospera fortuna obveniebant, ut probatur ex §. 1. *h. t. l.* 6. §. 2. *et* 3. *et l.* 79. *et l.* 92. *ff. de Adquir. vel omitt. hered.* Verum Alciatus 4. *parerg.* 3. contendit, jam antea jure ff. a D. Marco fuisse constitutum, ut bona materna liberis ipsis quaererentur: Sed hoc parum liquet. Nam etsi ex Capitolino constet, Marcum tulisse leges de bonis maternis, tamen quae et quales fuerint, non memorat, et verba de SCto Orphitiano intelligi possunt: praeter quam quod Paulus et Ulpianus in citatis textibus contrarium scripsere, qui post Marcum vixerunt; neque satis probat, quod ait, ex *l. l.* 22. *ff. de inoff. test. l. pen. ff. ad SC. Tertyll. l.* 1. *C. Qui admitti ad bon. poss. et l.* 6. *C. de bon. quae lib.* denique nec §. 2. *h. t.* quae agnoscit res quae olim adquisitionem paternam effugiebant. Nam haec de jure non Digestorum, sed quod vetustius aevo Justiniani sit, facile intelliguntur, quo spectant leges 1. 2. *et* 4. *C. de bon. quae lib.* Varii enim Imperatores alia et alia bona Patribus subtraxerunt, donec Justinianus distinctionem, quae nunc obtinet, absolvit.

3. (c) Peculium enim filiifamilias duplex omnino traditur, *Paganum* vel *Castrense.* Paganum rursus duplex, profectitium vel adventitium. *l. ult. C. de inoff. test.* Profectitium vocatur quod ex re et substantia Patris proficiscitur. §. 1. *h. t.* Adventitium, quod non a Patre, sed aliunde advenit ex successione materna, liberalitate fortunae aut hominum, denique propriis laboribus, *l.* 6. *C. de bonis quae lib.* nisi cum operam

(b) *Pos.* 2. 3. *juncta* 8. 9. (c) *Pos.* 4. 5. 6. 7.

filios profectitiis rebus adhibuit easque per industriam auxit, vel si quis Patri donaturus filio dederit; talia enim profectitia censentur, *arg. l. 5. §. 2. ff. de jure dot. et l. 45. §. ult. ff. de Adquir. vel omitt. hered.* ut etiam, si quid filius stipuletur ex causa profectitia; nam id Patris pleno jure fit. §. 1. *h. t. d. l. 6. et* §. 1. *Inst. Per quos person. nob. oblig. adquir.* Peculium adventitium quaeque ejus in occasione adquiruntur, quod ad proprietatem attinet, sunt liberorum, ususfructus ad Patrem spectat, cum jure administrandi pleno et dominii proximo, de quo dictum *supra lib. 1. tit. 9. n. 2. l. 6. C. de bon. quae lib. Nov.* 22. c. 34. Sunt tamen, praeter castrensia et quasi-castrensia, quaedam alia conditionis alioquin adventitiae, quae pleno jure liberis adquiruntur, ut quae relicta sunt liberis, sub conditione, ne pater usumfructum habeat, *Nov.* 117. c. 1. *in pr.* et alia plura, quae in Pandectis memorabimus. Denique castrensia utraque sunt adeo plene filiorumfam. ut tam inter vivos quam mortis causa de iis libere disponant. *pr. Inst. quib. non est perm. fac. testam. d. l. ult. C. de inoff.* Est autem castrense peculium, quod milites in sago lucrantur, *ἐκ σιδήρου καὶ ὅπλων περιελθόντα*, ut ait Glossar. *ferro et armis quaesita*, de quo vid. *pr. Inst. Quib. non est permiss. fac. test.* Quasi castrense vocatur, quod in toga adquiritur a Magistratibus, Professoribus, Advocatis, de quo in §. *ult. de milit. testam.*

4. (d) Igitur amplum jus est Patrum adversus liberos, in potestate dum sunt, et verendum erat, ne non difficulter hoc jus dimitterent liberosque raro emanciparent, uti tunc omnia sibi vindicaturus. Λυπεῖ γάρ τινα, *Solent. enim aegre ferre homines*, ait Theoph. *οὐχὶ οὕτω τὸ μὴ κτῆσαι, ὡς τὸ μετὰ τὴν κτῆσιν ἀφαιρεθῆν*, *non tam quod numquam habuerint, quam quod aliquid nacti perdiderint.* Ideo parentibus in praemium emancipationis Lege Constantini dabatur tertia pars bonorum filii adventitiorum, quod Justiniano visum est *ἀπάνθρωπον*, *incivile*; ideoque pro triente proprietatis dedit partem dimidiam ususfructus, quo et Patres plus haberent, pro triente semissem, et filii integram proprietatem conservarent. §. 2. *h. t.* Atque hoc ipso jure, licet Pater nihil in emancipando sit pactus, obtinet; sed renuntiare, si velit, filioque suum jus donare non prohibetur, *d. l. 6. §. 3. C. de bon. quae lib.* quae tamen vera donatio (illicita inter Patrem et filium, *l. 1. §. pro donato.*) non est; neque enim alienat, qui occasione adquirendi non utitur *l. 6. pr. ff. Quae in fraud. credit.* Caeterum, in tacita emancipatione, quae fit hodie per nuptias, non retinet Pater dimidium ususfr. quia unvi patresfamilias suis bonis ipsi integris adornandi sunt, idque ita servatur *omni die.*

SCHOLIUM.

Et jure Saxonico, si filius separatam aeconomiam instituat. Nam et tunc pater omnia adventitia, non retenta dimidia ususfructus, restituere filio tenetur. * Noric. ad §. 2. h. t.

5. (e) In adquisitione dominorum per servos, ratio juris Romani simplicior est. Nam cum unum duntaxat eorum sit peculium, quicquid illi ex qualibet causa adquirunt, id confestim *ἐν ἀτόμῳ*, fit dominorum, quia proprietas in illis ne momento quidem subsistere potest. Sed interest aliquid inter causas dominii particulares atque hereditatem. Nam ex illis, ut est stipulatio, donatio, legatum, dominis vi et potestate juris adquiritur ignaris atque invitis §. 3. *h. t. l. 32. ff. de A. R. D.* nec modo si lucrativus; sed et si onerosus sit titulus, ut est emptio, vel mutuum, quia dominus concedendo peculium jus tales ineundi contractus servis pariter dedisse videtur; unde sequitur, ultra quantitatem peculii, dominum ejusmodi obligationibus non adstringi, in quem finem comparata est actio de peculio, *de qua in loco.* Sed hereditatis aditio cum exceedat peculii administrationem majorisque sit praejudicii, placuit eam non nisi jussu domini procedere. §. 3. *h. t. l. 10. §. 1. de A. R. D.* Porro, quia nec possessio civilis servo convenire potest, ut dictum *supra*; ideo quicquid juris in possessione est, id continuo in Dominum transit, §. 3. *in fin. h. t.* ubi exemplum usucapionis et longi temporis possessionis. Dicitur quidem possessio facti esse, in *l. 1. §. 3. et 4. ff. de Adquir. vel amitt. poss.* et servos ea, quae facti sunt, non transmittere in dominos. §. 2. *I. de stipul. serv.* At hoc de possessione, quatenus naturali apprehensione adquiritur, verum est; sed et multum eam ex jure mutuari scriptum est in *l. 49. fin. pr. et §. 1. ff. eod.* Proinde ignorantes quoque et inviti per servos domini possessionem adipiscuntur, si causa possessionis ex peculio sit orta, quia concessio peculii pro

(d) *Pos.* 9. (e) *Pos.* 2.

* *A. P. 2. C. 10. LR. L. 1. a. 11.* conf. praeter *Noricum* a Thomasio citatum, Carpz. *p. 2. C. 10. d.* 5. et Colerum *dec. 41. n. 8.* Schopffer *ad ff. tit. de usufruct. n. 9.* In formali autem emancipatione, Patrem ususfructus dimidium etiam hodie apud nos retinere, affirmat Hopp. *ad §. 2. I. h. in Us. hod. conf.* Struv. *S. J. C. Ex 12. th. 5.*

voluntate sufficit; at extra peculii rationem possessio servi est factum inutile, nihil ad Dominum pertinens. *l.* 1. §. 5. (*ubi idem de filiofam.*) *l.* 44. §. 1. *ff. de Adquir. vel amitt. poss.* Unde sequitur, nec Dominium, quoties per traditionem et possessionem transfertur, extra causam peculiarem ignorantibus adquiri.

6. Per servos usufructuarios et bona fide possessos, placuit duabus ex causis nobis adquiri, suis ex operis et ex re nostra. Fructuario enim debentur operae jure proprio, bonae f. possessori ad instar fructuum fundi: Lucrum vero ex propria substantia, ut si usuras pecuniae suae percipiant, neutri invideodum. §. 4. *h. t.* Unde etsi nominatim servus ex his causis Domino vero stipuletur, ipsi quidem adquiritur, *l.* 37. §. *pen. de A. R. D.* sed dominis condictio ad recuperandum datur. *l. pen. ff. de Stipul. serv.* Extra illas causas servus proprietario vel sibi cum liber est et bona fide servit, dominium parat, *l.* 10. §. 3. *ff. de A. R. D.* nisi constet, eum contemplatione nostri heredem institutum, vel legato aliave liberalitate auctum: tunc enim nobis nostroque jussu adquirit, *l.* 21, *et seq. ff. de Usufr.* non quasi opera sua, (nam hereditatis aditio non est in operis, *l.* 45. *pr. ff. de Adquir. vel amitt. hered.*) sed quasi ex re nostra. §. *ult d. l.* 45. Atque hactenus bonae fidei possessor et fructuarius comparantur in §. 4. *h. t.* Differentiae alioqui satis sunt notae; unum hic obiter discrimen memoratur, quod bon. fid. possessor servum, contra quam fructuarius, usucapere possit, tam, quoniam ille scit servum esse alienum, quam quia non possidet, scilicet civiliter ψυχῇ δεσπόζοντος, ait Theoph. *hic.*

7. (f) Atque ita se habet adquisitio per eos qui sunt ipsi prorsus incapaces dominii nobisquo subjecti: in caeteris valet regula fori Romani, quod alii per alium adquiri nequeat. Ratio tamen commercii expressit, ut ab hac rigida subtilitate JCti ad promiscuam utilitatem deflecterent et vicariam adquisitionem per circuitum stabilirent. Intellexerunt enim, possessionem, ut facto et naturali apprehensione constantem, posse per extranei hominis operam rite nobis adquiri, et cum possessio sit via per quam itur ad dominium, sic mediate dominium per alium conciliari, scilicet, per Procuratorem. §. 5. *h. t. l.* 20. *. ult. et l.* 53. *ff. de A. R. D.* Atque ita facilius dominium quam obligatio per procuratorem adquiri potest, siquidem haec non aliter domino ad actionem prodest, quam ex mandato procuratoris, in cujus persona jus obligationis haeret; *l.* 49. §. *ult. ff. de Adquir. vel amitt. poss.* Additur ibidem, in *d.* §. 5. *h.* quod et Dominis ignorantibus procuratores adquirant, scilicet τὰ καθ' ἕκαστα, circumstantias singulares ignorantibus; nam mandatum praecedens qualemcunque scientiam praesupponit. Usucapiendi tamen conditio, quam similiter possessio procuratoris praestat, si rem non a domino acceperit, certam procul dubio scientiam requirit. *d. l.* 49. §. *ult. et l.* 47. *ff. de Usucap.* Quod si Procurator hac mente rem ab alio acceperit; ut sibi vel tertio non mihi adquireret, etsi tradens mihi quaesitam voluerit, nihil tamen adquiram, *l.* 1. §. 19. *ff. de Adquir. vel amitt. poss.* modo id prae se tulerit atque expresserit; nam tacita cogitatio rem sibi adquirendi, cum a me haberet mandatum, nihil operatur: quomodo conciliari posset. *l.* 13. *ff. de Donat.* cum *d. l.* 1. §. 20. (1) Caeterum probe notandum, eos, qui per nuntios adquirunt, non tam per alios quam per semetipsos adquirere censeri, non secus quam si rem per literas expedirent. Neque enim ut procurator, ita nuntius ipse adquirit; sed adquirentibus nobis ministerium praestat. *l.* 14. §. *ult. et seq. ff. de pecun. constit.* Moribus hodiernis, ut obligatio immediate per alium cui mandatum dedimus in nos transit, ita neo dubium est, quin idem do dominio intelligatur. Groenew. *ad l.* 1. *C. h. t.*

(f) *Pos.* 12.

(1) *Eleganter hos textus conciliat Barth. Chesius interpret.* lib. 1. cap. 32.

TIT. X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

I. Modi adquirendi per universitatem et specialiter per Hereditatem. II. Testam. factionem esse juris Gentium. III. Definitio Testamenti explicata. IV. Historia testamentorum apud Romanos. V. De testamento per aes et libram. VI. De forma testandi praetoria. VII. De novissima testamenti ordinandi ratione. VIII. Primum testam. requisitum, unicus contextus: ubi, an testamentum recipiat contractum. IX. An donationem mortis causa recipiat. X A quo tempore initium capiat unitas contextus. XI. Secundum testam. requisitum, numerus septem testium. XII. Specialia testamenti scripti requisita. XIII. De qualitate testium et qui testes esse prohibeantur. XIV. Quo tempore illa qualitas in testibus requiratur. XV. Domestices testatoris non posse esse testes. XVI. Heredem non posse, sed legatarios recte adhiberi testes. XVII. Testamentum Nutis *exarari non posse. XVIII. De pluribus tabulis ejusdem testamenti. XIX. An in iisdem tabulis plurium testamenta scribi possint. XX. De testamento nuncupativo.*

(a) Postquam modi res singulas jure Gentium adquirendi omnes et juris civilis duo sunt explicati, transit Imperator ad adquisitionem universitatis, et TESTAMENTI jus enarrandum; postea dicturus de legatis et fideicommissis, quae testamento relinquuntur. Species autem adquirendi per universitatem, jure antiquo plures fuere, quorum quidam Justiniani aevo jam pridem exoleverant; omnes, una excepta, nostris temporibus ignorantur. Nam olim universitas bonorum quaerebatur hereditate, agnitione bonorum possessionis, arrogatione, addictione bonorum libertatum causa, §. *ult. Inst. per quas pers. cuique adquir. tit. Inst. de success. subl. quae fieb. per bon. vend. et ex SCto Claud.* item successione per venditionem bonorum debitoris, redactione liberae mulieris, quae servili adulterio se maculasset, in servitutem, conceptione seu conventione uxoris in manum mariti, de quibus vide Contium 1. *disp.* 12. Quibus accessit fisci successio in bona damnatorum, et heredes nullos habentium, *l.* 1. *et h. t. ff. de jure Fisci.* item ingressus in monasterium. *N.* 5. *c.* 4. *Auth. ingressi. C. de SS. Eccl.* Praecipua species et prope unica nunc usum habens, (siquidem bonorum possessio in effectu nihil ab hereditate differt, *l.* 119. *et l.* 138. *ff. de V. S.*) est Hereditas, de cujus definitione abunde diximus *ad tit. de reb. corp. et incorp.* Hoc addi aut reponi vult methodus; Hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit. *l.* 24. *de V. S. et l.* 62. *de R. J.* Successio est facultas successione adquisita, et *universum jus*, materia subjecta hereditatis, continens tam jura quam corporalia, quae in bonis et quae ex bonis, et quorum non modo proprietas, sed et emolumentum, usus, aut periculum, ad defunctum spectavit, *l.* 18. *in fin. cum ll. seqq. ff. de Hered. petit.* (b) Quemadmodum autem in particulari adquisitione *causas a modis* adquirendi distinximus, sic etiam hereditatis adquirendae videntur aliae esse *causae* et alii *modi*. Causae sive tituli sunt per quos defertur hereditas eo mortuo, cujus de bonis agitur; atque illi duo sunt, Testamentum et Lex; unde duplex successio, ex testamento et ab intestato, quarum prior et praecipua testamentaria habetur. Tralatitium enim est, quamdiu successor ex testamento speratur, ab intestato heredibus locum non dari. *l.* 39. *ff. de Adquir. vel amitt. hered.* Quin lex quasi praesumpto testamento, hereditatem ad eum defert cui defunctus eam destinasse creditur sanguine scilicet proximo, quem naturae ductu carissimum habuerit, quod esse fundamentum successionis legitimae apud Romanos, constat, et docet Grotius 2. *de J. B. et P. c.* 7. *n.* 3.

2. (c) Naturali juri consentaneum esse, ut voluntas domini, rem suam in alium transferentis, fit rata, monet Imp. in §. 40. *supr. de R. D.* Alienandi jus ex potestate Dominii oritur, quae in ultimo vitae articulo non minor est quam antea. Hinc Plutarchus in *Solone*, ubi narrasset, illum Atheniensibus dedisse liberam testandi facultatem, addit apposite ad hanc rem; *τὰ χρήματα κτήματα τῶν ἐχόντων*, *effecit, ut res sua cuique propria et in potestate esset*, nullo id alio probans argumento, quam quod eos testari permisisset. Igitur cum testamentum nihil aliud sit, quam alienatio in mortis eventum; sequitur, jus condendi testamenti, non modo ex aequitate, sed et necessitate descendere naturali; verumque esse, quod

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. 4. (c) *Pos.* 5.

in *l.* 1. *C. de SS. Eccl. Imp. Nihil enim est*, ait, *quod magis hominibus debeatur, quam ut supraemae voluntatis, postquam aliud velle non possunt, liber sit stylus et licitum, quod iterum non redit, arbitrium.* Ex naturali ratione derivatum hoc institutum, in mores et jus Gentium abiit, quarum plerasque voluntates ultimas recepisse, ac etiamnum usurpare, probat Grotius *l.* 1. *c.* 3. §. 12. *a med. et l.* 2. *c.* 6. §. *ult. et in notis.* Tametsi verum sit, non ubique eamdem fuisse testandi libertatem, ob politicas rationes, de quibus vide Bodinum 5. *de Rep. c.* 2. Proinde naturali ratione consentaneum esse condere testamenta, pluribus probat Balduinus in *προλεγομ. ad hunc tit.* attamen quia nulla pars juris nominis pran han Testamentaria Legibus Romanis Edictisque Praetorum magis aucta et exculta est, mirum videri non debet, quod jus Testandi frequenter legibus et juri civili adscribatur. *l.* 120. *et l.* 130. *ff. de V. S. l.* 3. *ff. Qui testam. fac. pos.* Ex ratione *l.* 5. *ff. de J. et J.* sensu quoque proprio, dicitur esse publici non privati juris factio testamenti, qua de *re dix. part.* 2. *Digress. lib.* 1. *cap.* 21. (1).

3. (d) Appellatur ex eo Testamentum, ait Imperator *pr. h. t.* quod testatio mentis sit, secutus in eo Servium Sulpicium, quem hoc nomine Gellius reprehendit 6. *Noct. Act.* 12. Verum non finitionem scil. nec etymologiam ibi veram, sed allusionem Caesar venustam reique declarandae non ineptam tradidit, cujusmodi crebras cum aliis scriptoribus ipsi habent JCti. Nam non tantum Augustino ac Prisciano *mentiri* est contra *mentem ire*, *et argumentatio*, *argutae mentis oratio*: sed Paulo quoque et Labeoni verborum et etymologiarum peritissimo, teste Gellio, *possessio* dicitur *sedium positio. l.* 1. *ff. de Adquir. vel amitt. poss. Novatio nova obligatio* apud Ulpianum *l.* 1. *ff. de Novat.* et id genus alia passim. (2) Modestinus Testamentum definit, quod sit, *Voluntatis nostrae justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. l.* 1. *ff. qui test. fac. poss.* Sunt qui testamentum in genere acceptum, omnem ultimam voluntatem adeoque et codicillos, de quibus *infra*, denotare volunt, idque ex definitione Modestini et Justiniani in *d. l.* 1. *et hoc pr.* probat Vir Cl. in *Exam. ad tit. ff. qui test. fac.* Sed hoc cum usu juris pugnare manifestius est, *quam ut probatu sit necesse*, verba sunt Viglii *ad pr. h. t. n.* 21. Idem ut Modestini definitionem a codicillis alienam ostendat, per *justam* voluntatem intelligit *solemnem*; cujusmodi non esse codicillos, affirmat Justinianus in §. *ult. de Codic.* atqui saepe vox *justum* nihil aliud quam legitimum significat; exemplo sunt Nuptiae, de quibus Justinianus in *pr. de Nupt.* Iustas, inquit, nuptias inter se cives Romani contrahunt, *qui secundum praecepta legum coëunt*; ut aut testamenta secundum regulas juris civilis fiant, requisitum indubitatum est in *l.* 4. *ff. Qui test. fac. poss.* Nec tamen non verissimum est, voce *justa* intelligi quoque *solemnem*: nam in Rubrica de injusto, rupto testamento, *injustum* explicatur in *l.* 1. quod non est jure factum, id est, ubi *solemnia* juris defuerunt, ideoque justum necessario, ubi adsunt *solemnia*, sit oportet; et cum nihil in toto jure tam sit solemne quam testamentum, quid vetat, eam hic interpretationem recipi, quae efficax nec otiosa est? Uti foret, si nihil quam legibus conforme significaretur, cujusmodi omnia juris instituta habentur. Quid multis? Denotet igitur *justa* voluntas legibus conformem; illa conformitas maxime in solemnibus consistit, ideoque non potest justa, non potest legitima voluntas, nisi quae solemnis est, condi: ut adeo, velint nolint, per *justam* dissentientes solemnem agnoscere cogantur. Atque ita vox *justa* tam solemnem quam legibus conformem significabit. Quod autem plurale verbum *nostrae* habetur in definitione, cave putes, duos in eodem testamento posse testari: sed intellige sis, *cujusque nostrum*; qua de re dabitur *inferius* agendi locus. Ultima verba, *de eo quod quis*, sunt indefinite et universaliter accipienda, ut intelligamus, latissimam potestatem tribui testatoribus quidquid voluerint disponendi, *l.* 120. *ff. de V. S.* modo regulae juris observentur, quas nulli, tametsi leges adversus moribundos sint indulgentissimae, negligere, aut abolere fas est *d. l.* 120. *ff. de V. S.*

4. (e) Post definitionem non potest praeteriri, quod Iustinianus ex Antiquitate de usu ac forma Testamentorum censuit praemittendum: *χἂν ἡ τούτων ἄγνοια μηδένα φέρει κίνδυνον*, ait apposite Theophilus, *etiamsi talium rerum ignorantia nullum adferat periculum.* Tamen cum historiae cognitio per se dulcis ac

(d) *Pos.* 6. 7. 8. *et* 9. (e) *Pos.* 10. 11. *et* 12.

(1) *Cum Grotio docet hic Auctor, testamenti factionem esse juris naturae, quodque nihil aliud sit testamentum, quam alienatio in mortis eventum, etc. Sed hanc sententiam solide refutavit Henr. De Cocceji in comment. ad Grot., quem vide. Adde dissertat. Christ. Thomas. de orig. success. testament. et Hein. in not. ad Vinn. pr.* h. t. n. 3. *et in praelection. ad Grot.*

(2) *Has allusiones Stoicas esse, recte observat Hein. in not. ad Vinn.* pr. h. t. n. 1.

utilis habeatur, licet rerum nihil ad nos pertinentium, quis gravetur memoriam paucis de arte sua antiquitatibus applicare? Praesertim cum nec periculo, quidquid Theophilus, eorum inscitia careat. Vix enim juris novi rationes cuiquam exacte constabunt, nisi originem atque progressum juris vetusti exploraverit; quod exemplo historiae Testamentariae hoc loco, et Fideicommissariae *infra*, luculenter apparebit. Sciendum igitur est, Juris Testamentarii apud Romanos quatuor observationes diversis obtinuisse temporibus. Prima et vetustissima in duplici erat differentia; nam aliter domi, aliter militiae prisci Romani testabantur. Domi et in pace coram universo populo, ad comitia per lictores, cornicines et praeconem convocato, voluntatem suam declarabant, quod testamentum *Calatis comitiis* dicebatur; nam calare a Graeco καλεῖν, *vocare* significat. Altera species, Testomentum *in procinctu* dicebatur, non *procinctum*, ut Theophilus compendiose, sed parum Latine; tametsi non putarit, pracinctum esse epitheton ipsius testamenti, ut ei Vinnius imputat, quia mox ait, τὸ ὄνομα δεξάμενον ἐκ τοῦ σχήματος, ὅπερ ἔχοντες διετίθεντο *nomen esse deductum ex habitu, quo induti testabantur*; quam explicat Plutarchus in *Camillo*: Morem fuisse apud Romanos, cum milites in acie starent, εἰς τάξιν καθιστάμενοι, saga se praecingere, περιζώννυσθαι τήβεννον, et coram testibus tribus vel quatuor, (τριῶν καὶ τεττάρων, ait Plutarchus, trium et quatuor, qui sunt septem, numerus solennis, sed καὶ pro ἢ procul dubio accipiendum) heredes sibi nuncupare, ὀνομάζοντες τὸν κληρονόμον, ita ut testamenta in procinctu fuerint nuncupativa, διαθήκας ἀγράφους *testamenta non scripta*, dixerat ante paulo. Ex quibus verbis apparet, jam olim milites Romanos, ubi in hostem exiissent, habuisse potestatem quovis modo disponendi, quod privilegium perpetuo mansit ac etiamnum superest, quemadmodum mox videbimus; etiamsi vetus forma testamentorum in procinctu, jam tempore Ciceronis dudum obsoleta fuerit ut testatur in *lib.* 2. *de Nat. Deor.* Sed et institutum calatis comitiis testandi, jam olim, ut nimis solemne molestumque, (cujus non semper copia feminisque comitiorum expertibus unquam dabatur) est abolitum; maxime, postquam alia compendiosior ratio inter cives Romanos invaluit, quae *per aes et libram* dicebatur, de qua Imp. in *h. t.* §. 1. et quam eleganter explicat Theophilus

5. (f) Ulpianus *tit.* 20. §. 9. actum testandi per aes et libram, duabus constare partibus memorat, *familiae mancipatione et nuncupatione testamenti*. Mancipationem refert idem, *tit.* 19. §. 3. fieri solitam *certis verbis, libripende et quinque testibus praesentibus*, per quam fiebat alienatio inter vivos, adeoque ipsa venditio; coram illis enim emptor aere appenso rem, ut soluto pretio emptam, adquirebat, et quidem cum effectu plenissimo dominii Quiritarii. Ideirco ut dominium quoque a Testatore in heredem optimo jure transferri videretur, placuit veteribus ritum adhibere mancipationis. (3) Hinc est, quod in testamento per aes et libram, adhibiti dicuntur quinque testes puberes cives Romani, cum libripende: et quemadmodum in emptione ordinaria ipse emptor aderat, ita ut in testandi actu, Familiae, id est, hereditatis emptor, septimam personam, juxta libripendem et quinque testes referebat. Is familiae emptor, olim erat ipse heres, ut Theophilus affirmat, quod nescio an alibi usquam sit scriptum; Ἐκεῖνος, inquit, ὃς ἔμελλε γίνεσθαι διάδοχος τοῦ τελευτήσαντος, ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτᾶν περιουσίαν *Is, qui heres futurus erat morituri, substantiam ejus emebat*, uno nummo, quasi pretio, a libra appenso. Sed erat venditio haec φανταστική Theoph. *imaginaria*, ut Justinianus, quoniam omnes norant, agi de successione post mortem, non de venditione inter vivos: Sed quia mancipatio erat causa dominii perfectissima, speciem ejus huic negotio applicuerant, ne quid pleno heredis dominio deesse videretur. Quoniam autem familiae emptor, ipse heres futurus, tali mancipatione dominium, quod post obitum testatoris demum sperare debebat, quasi a vivo jam accepisse videbatur, facile ex tam praesenti translatione in eam opinionem transibat, ut hereditatem habere, quam expectare mallet, atque ita ἐπιβουλεύειν τῷ θανάτῳ τῆς περιουσίας, *insidiabatur* testatori; qui dum viveret, erat dominus bonorum. Quod periculum ut evitaretur, mos invaluit, ut non ipse heres, sed alius familiae emptor imaginarius heredem repraesentans adhiberetur. Haec admodum διηγητικῶς et concinne a Theophilo narrantur. Quando autem illa mutatio contigerit, nemo facile dixerit; siquidem vix est, ut quisquam hujus mutationis omnino veterer inter mentionem fecerit; adeo ut Hotomannus parum fidei Theophilo deferendum putet. Atque ita fuit prima pars actus testamentarii; Mancipatio. Altera apud Ulpianum est, Nuncupatio testamenti. Nam venditio illa per unum nummum

(f) *Pos.* 13.

(3) *Veram rationem cur Romanis placuerit hic ritus in condendis testamentis, paulo altius repetendam esse, ex Bynkersh. obs.* lib. 2 cap. 2. *recte notat Hein. in not. ad Vinn.* §. 1. h. t. n. 3.

erat tantum imaginaria et quasi scenicus actus. Quid autem testator post mortem fieri vellet, quis foret heres, scriptum erat in tabulis *ssia privatim secreto* a testatore compositis. Quas manu tenens ita coram testibus loquebatur: *Haec uti his tabulis cerisve scripta sunt; ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium praebitote.* Qua contestatione facta, totus actus pro completo habebatur; idque fuit usitatum in pace testamentum, in illius quod calatis comitiis fiebat locum, ut Imperator indicat, surrogatum.

6. (g) Caeterum, imaginaria illa bonorum venditio paulatim magna ex parte, etiam inter veteres, abiit in desuetudinem, ut est in *fine* §. 1. Quare Praetor, cujus officium erat, nimium rigorem vel ineptitudinem juris antiqui corrigere et saeculo attemperare, edictum proposuit, idque in perpetuam jurisdictionem transivit, daturum se bonorum possessionem (quae est hereditas praetoris) secundum tabulas testamentorum, in quibus septem modo signa testium ostenderentur, cujusmodi signa in testamento per aes et libram, non requirebantur, ut docet Imperator in *h. t.* §. 2. quamvis autem post illud Jus praetorium, alia testandi forma sit introducta, quae exponitur in §. *seq.* manet tamen adhuc illa facilitas Praetoris, qua ex testamento septem testium signis munito, tametsi alia juris requisita desint, dat bonorum possessionem; at sine prejudicio alterius, qui justam rescindendi testamenti causam proferre possit: quod si fiat, impetrata bonorum possessio fit sine re et sine effectu: si non, manet cum re et cum effectu. Hinc adeo testamentum, in quo filiusfam. est praeteritus, valet jure Praetorio, sed rescinditur per bonorum possessionem contra tabulas. §. 12. *I. de hered. quae ab intest.* Quod si filius adquiescat, manet bonorum possessio penes scriptum heredem. *L.* 12. *de injusto rupto irr. testam.* Nec aliter in exheredato aliisque obtinere videbimus *infra.*

7. (h) Porro cum testamenta per aes et libram paulatim obsolescerent, Praetoriumque nimis soluta ac facilis observatio videretur: atque omnino progressu temporis civile jus et praetorium in mutuam consonantiam jungerentur, novissime testamenti ordinandi ratio, partim nova, ut Imp. ait, partim ex antiquo jure Praetorio vel civili stabilita est, quam et omnum observamus. Scilicet, duplex omnino Testamentum usurpatur, *Scriptum*, cujus solemnitas scriptura, et *Nuncupativum*, quod viva voce perficitur. Requisita Juris ad ordinationem eorum necessaria sunt vel communia utrique, vel specialia singulorum. Inter communia primo ponitur heredis institutio; at haec potius est forma quasi substantialis testamenti, §. 34. *I. de Legatis*, imo ipsum testamentum, quod tribus verbis, *Titius heres esto* constare potest. *l.* 1. §. 3. *ff. de Hered. instit.*

8. (i) Primum igitur inter generalia requisita est, ut testamentum fiat uno contextu. Per quem duae res significantur, continuitas temporis, et uniformitas actus. *l.* 21. §. *ult. ff. Qui Test. fac. poss. l.* 28. *C. de Test.* Continuitas postulat, ne testandi actus interrumpatur, neo, priusquam plane sit absolutus, testes digrediantur, *h. t. l.* 28. nisi cum substitutio pupillaris testamento inseritur; Etenim *quia tunc* duplex quodammodo testamentum videtur, nihil obstat, quo minus Pater hora prima sibi, secunda filio scribat heredem. *l.* 16. §. 1. *ff. de Vulg. et pup. subst.* Imo etiam sibi scripto designare, filio viva voce nuncupare potest heredem, *l.* 20. §. 1. *eod.* quod alioqui uniformitas actus non pateretur; quemadmodum hoc nomine arcentur a Testamento cuncta, quae ab ultimis voluntatibus aliena sunt, inter quae procul dubio Contractus numerantur, *l.* 20. *ff. de V. S.* ut pluribus confirmat Viglius *ad* §. 3. *h. t. n.* 5. *aliique passim.* Neque enim fas est in testamento quicquam praeter voluntatem Testatoris declarari, cum contractus non aliter quam duorum voluntate perficiantur. In testamentis ambulatoria semper est voluntas, *l.* 4. *ff. de Adim. vel transf. leg.* in contractu quod semel placuit, immutabile est, *l.* 5. *C. de O. et A.* et est perpetua toto jure differentia inter actus inter vivos, ultimasque voluntates. Ideoque, si Testator in ipso actu testandi aliquid emat, vendat, aut locet uni ex testibus vel praesenti vel per procuratorem, Testamentum non valere dicemus; quia verum non est uno contextu id esse factum. Quod si in ipso testamento scriptum reperiatur; *testatorem vendere fundum Cornelianum Titio mille aureis, de quo pretio antea tractaverant sed convenire non potuerant; neque venditionem hanc esse statuemus, quae non mutuo consensu facta est, neque testamentum vitiari, quoniam unitas contextus per ejusmodi declarationem non vitiatur: imo nec absurdum videtur, si Titio placeat conditio, quin post obitum testatoris, oblatis mille aureis, petere possit fundum, quasi reliquo pretio ipsi legato. Sane si testator contractum in testamento prius cum alio celebratum professus sit, dubium non est, quin heres ad eum implendum teneatur per *l.* 37. §. 5. *ff. de leg.* 3. Quaecumque porro declaratione solius Testatoris constant, etsi contractibus similia, recte in testamentis

(g) *Pos.* 14. (h) *Pos.* 15. (i) *Pos.* 16. *et seqq.*

fieri videntur, qualis est divisio rerum communium *l.* 32. *ff. Famil. ercisc.* talis etiam est assignatio liberti io *l.* 1. §. 3. *ff. de Adsign. lib.* cum testator libertum, qui communis heredum futurus erat, uni ex illis ad jus Patronatus praestandum addicit. Talis est constitutio pignoris, in *l.* 26. *ff. de pignorat. act.* ubi nihil agit testator, quam quod onus rei suae pro securitate creditoris imponit, perinde ac si servitutem in re sua constitueret. Nec diversum est in *l.* 36. *ff. de ritu nupt.* juncta *l.* 12. *ff. de Sponsal.* ubi Pater non despondere, sed destinare filiam nuptiis, suamque de iis voluntatem duntaxat explicare dicitur.

9. (k) Sed an Donatio mortis causa, quae per conventionem solam, aut cum traditione conjunctam perficitur, in testamento fieri non potest; Viglius id loco citato negat, neque se usquam in legibus scriptum invenisse profitetur: textus enim, quem vulgo citant, ait, in *l.* 11. *ff. de Inoff. test.* nihil ad hanc rem pertinet. Videtur hoc tamen perspicue indicare Marcianus in *l.* 25. *pr. ff. de m. c. Donat.* ubi, *Tam is qui testamentum facit quam qui non facit mortis causa donare potest.* Verum hic locus vel sic potest intelligi, ut JCtus doceat, eum, qui jus testandi habeat et qui non habeat, mortis causa donare posse, quia mox subjicit, filiumf. qui testari, ne quidem patre consentiente, potest, mortis tamen causa ex Patris voluntate posse donare. Vel hoc modo; donationes mortis causa vel testato fieri, vel ab intestato; quemadmodum de codicillis traditur in §. 1. *I. de Codicill.* qui tamen propterea, cum testamento facto conduntur, cum testamento non confunduntur. Et ex *l. ult. C. de donat. c. m.* nihil aliud colligi potest, quam donationem mortis causa speciem ultimae voluntatis esse, distinctam a codicillis et testamento. Plane si quis in testamento declaret, se donare fundum Titio, quominus voluntas ea valeat ac a Titio deinde acceptetur, nihil video quid obstet; cum sit ultimae voluntatis declaratio, sine mutui consensus interventu. (l) De praxi hodierna quidam testantur, contractus posse nunc testamentis inseri. Peckius 1. *de testam. conjug.* 43. *n.* 7. Mantica *de conject. ult. vol. l.* 8. *tit.* 1. *n.* 36. Quod alii temperant, si vel contractus quodammodo ad testamentum pertineat, ut Grassus *recept. sent.* §. *testam. qu.* 60. *n.* 2. vel si breviter perfici queat, Schneidew. *ad pr. de leg. n.* 10.

10. (m) Puto ad bujus rei momentum bene dijudicandum facere, ut intelligamus e quo tempore capiat initium unitas contextus et quamdiu illa duret: nam si quis putet, dum scribitur testamentum et testes aliud agentes confabulantur, leges unici contextus esse custodiendas, prohibitio contractus celebrandi, tam inter testes, quam cum ipso testatore late pateret; sed tu ita serva, unitatem contextus incipere ab hoc, *Quando testator scriptas habens tabulas declarat eas sibi esse praelectas, in iis suam ultimam contineri voluntatem, rogatque testes, ut velint attestari,* tum ipse atque testes *signant et subscribunt*, *l.* 28. *C. de testam.* Testamenti autem conscriptio non est pars unici contextus. Sed eam nihil vetat prius atque seorsim fieri, quod et in *l.* 21. ✝. *sed licet. d. t. C. de Testam.* scriptum est, usuque omni die observatur; proinde licet interea, dum Notarius scribit, testes digrediantur aut inter se vel cum testatore aliquid contrahant, ea res nihil ad unum contextum facit violandum; sed quaedo scriptum est, quando suum os aperit testator, dum voluntatem explicat suam; tum vere sibi testes dictum puteot, *hoc age*, nec aliud quicquam; adeoque in illis momentis, contractibus extraneisque negotiis abstineant; quam observantiam non esse remotam a civili facultate, res ipsa loquitur; adeoque nihil insolentiae esse videtur in ea sententia, quae statuit, si tum contractus celebretur, corrumpi actum testandi, omniaque esse vitiosa. Non est tamen incivile jus nostrum, neque Diomedeis necessitatibus hominum actiones includit: Proinde si ipse brevis actus ille transversario aliquo naturali aut morboso interrumpatur, id actum testandi non vitiare docet πραγματικῶς et accurate Justinianus in *d. l.* 28. *C. de testam.*

11. (n) Post unitatem contextus, quam ex jure civili antiquo, id est ritu testandi per aes et libram descendere affirmat Imperator, generale Testamenti requisitum est, numerus septem testium; qui unde sit ortus, ex iis quae dicta sunt, intelligi potuit. Justinianus ait, ex jure Praetorio; sane quatenus omnes illi septem pro testibus habentur; sed alioqui in ipso per aes et libram T. aeque septem personas adfuisse, nec aliunde eum numerum a Praetore petitum esse, nobis quidem videtur, ut disseruimus *P.* 1. *Digress. l.* 4. *c.* 33. Sed jure Pontificio, et usu frequentiore populorum, duo sufficiunt testes masculi cum tabellione, vel duo Scabini cum scriba, Grot. 1. *Jur. Holl.* 17. Gudelin. 2. *de jure noviss.* 5. Frisii tamen nostri et testium numerum, et reliqua fere juris Romani solemnia servant, teste Sandio *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 4. Stat. *l.* 1. *t.* 16. *art.* 2. Circa (o) testes autem, praeter numerum septenarium, singularia quaedam requiruntur, primum, ut a testatore

(k) *Pos.* 22. (l) *Pos.* 23. (m) *Pos.* 24. 25. 26. (o) *Pos.* 27. (o) *Pos.* 27.

specialiter rogentur, supremae voluntatis suae ut testimonium perhibere velint, *l.* 21. §. *pen. ff. Qui testam. fac.* ne detineantur inviti, *l.* 20. §. *ult. eod.* et testatorem videant, *l.* 9. *C. de testam.* Denique, uti eum illis sit testamenti factio, qua de re mox pluribus agendum.

12. (p) Specialia scripti testamenti sunt, 1. ut ipse testator testamentum scribat, aut saltem subscribat, vel si nequeat, octavum testem scribendo adhibeat; verum ὁλογράφῳ testamento, quod sua manu testator totum scripsit, non est necesse uti subscribat, modo a testibus id fiat. *l.* 28. §. 1. *d. t. C. de testam.* 2. Tabulas clausas testibus ostendat, eisque voluntatem suam contineri declaret: cujus ac bene conscium, adeoque sibi praelectas, si ipse non scripserit, affirmet; nam si notarius dictatum a testatore et in mundum redactum ei soli non praelegerit, testamentum non valebit. ut judicatum refert Sandius *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 5. quemadmodum contra praelectio et approbatio sufficit, etsi Tabellio capita testamenti ab alio dictata acceperit *eod. tit. def.* 11. *in f.* 3. Testes, petente ipso, subscribant atque subsignent. *l.* 21. *C. de Testamentis.* Fuit et quartum, ut nomen heredis manu Testatoris exprimeretur, vel si imperitus scribendi, palam nuncuparetur, quod testes in sua subscriptione tunc addere debebant, ut latius sancitur in *l.* 29. *C. de Testam.* Sed hoc merito remissum et abrogatum est in *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam sufficiat nomen heredis ab eodem tabellione, qui totum scripsit testamentum, secreto in tabulis esse conscriptum; quod commodius et tutius est, ne testator palam, quis sit heres, significare cogatur, in quem praecipue finem scripta atque obsignata testamenta in usum introducta sunt; adde sis *Pos.* 38. Subscriptio testium proprio chirographo, non manu vicaria fieri debet, *l. pen. ff.* qui *test. fac.* Ideoque regulariter testes literati requiruntur, excepto casu *l.* 31. *C. de Testam.* ubi literarum periti pro imperitis subscribere jubentur. Omnium maxime superstitiosum fuit requisitum, ut annulo tantum signare liceret, quod legitur in *l.* 22. §. 5. *ff. h. t.* ubi diserte aliud signum posse adhiberi, negat Ulpianus, idque ad mysticam testamenti solemnitatem pertinere censent Viglius *hic* et Cujacius *l.* 14. *Obs.* 11. Sed quicquid comminiscamur, difficulter adsequemur ne non maneat inepta subtilitas, quod praecise rotundum debuerit esse signum, tametsi forte eadem sculptura esset in quadrato; maxime, cum non fuerit vetitum annulis alienis uti; imo et omnes uno annulo testes consignare potuerint, §. 5. quod multo justius prohibendum videbatur. Neque tamen ita, quod male me habet, emendatione correctum velim, nec iis adsentiri, qui et multi et doctissimi sunt, particulam *non d. l.* 22. §. 5. inserentibus. Sensus enim satis sibi constat, et veteribus id genus subtilitates satis familiares fuisse, multa fidem faciunt, nusquam vero magis illas, quam in testamentis esse conscntatas, ea, quae diximus, eximie testantur. (4) Moribus hodiernis, signacula testium penitus ubique in desuetudinem abierunt, teste Gudelino *de jure novis.* 2. *cap.* 5. Grotio 2. *Jur. Holl.* 7.

13. (q) Sed requisitum generale de testibus latiorem postulat explicationem, quam Imperator in §. 6. *et seqq.* persequitur, *Testes*, inquit, *adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est.* Duplicem vulgo testamenti factionem Interpretes agnoscunt; Activam atque Passivam; illam in potestate et in forma condendi testamenti, hanc in jure percipiendi ex testamento consistere docent; quae distinctio fundamentum habet in §. 4. *I. de hered. qual. et diff.* At in hoc praecepto de testibus *d.* §. 6. intelligere Caesarem non tam activam, quam passivam, exinde colligi potest, quod tales personae excipiuntur, quibus activa nullo modo competit, ut impubes, servus, furiosus. Alioqui planius dici poterat, testes adhiberi posse, *qui testamenti factionem habeant*, (quibus verbis activa plerumque intelligitur, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 8. *in fin. l.* 18. *pr. et* 19. *ff.* qui *test. fac.* etsi aliquando de passiva quoque usurpentur, *d.* §. 4. *et l.* 16. *pr. ff.* qui *test. fac.*) tum enim solae mulieres excipiendae forent; reliqui enim heic excepti per ipsam regulam satis exclusi forent. Theophilus utramque testamenti factionem intelligi a Caesare putat. *οἵτινες ὑφ' ἡμῶν δύνανται κληρονόμοι γράφεσθαι καὶ γράφειν ἡμᾶς*, *Qui et a nobis heredes institui, et nos instituere possunt.* Quod autem mulieres a testamentis arceri placuit, ratio videtur; quod olim quinque testes puberes, cives adesse debuerint, ut modo audivimus; neque Romani moris fuerit, mulieres in solemnibus et publicis actibus admisceri viris; ne dicam, testes illos comitia populi quodammodo repraesentasse, quorum feminas nullo modo participes fuisse constat. Porro Impuberes et furiosi cur testes esse nequeant, non est, quod solicite indagetur, neque cur prodigi, quibus bonis interdictum; quia tralatitium est, eos fere in omnibus pro furiosis haberi, *l.* 12. §. 2. *ff. de tutor.*

(p) *Pos.* 37. 38. *et* 39. (q) *Pos.* 28. 29.

(4) *Videsis Hein. in not. ad Vinn.* §. 5. h. t. n. 6.

et curat. dat. neque de servis dubium, qui pro mortuis habentur. Muti etiam surdi ut indistincte prohibentur, quibus tamen aliquando testari permittitur, ut *infra* intelligemus; (r) Coecorum, etsi nulla fiat mentio, atque tamen improbandum videtur testimonium, quia in *l.* 9. *C. de Testam.* diserte requiritur, ut testes videant testatorem. Sed et eadem ratio, quae surdos et mutos repellit, videbatur obstare omnibus sermonem defuncti ob linguae imperitiam non intelligentibus. Ideo enim testes adhibentur, ut si postea de veritate rei gestae controversia oriatur, testes quid viderint ac audiverint referre queant; id autem non magis ab eo, qui linguam non callet, quam surdo quovis praestari potest. Scriptum tamen est in *l.* 20. . *pen. ff.* qui *test. fac. pos.* intelligentiam sermonis in teste non exigendam, ideoque eum, qui latine non norit, recte fieri testem, D. Marcus rescripsit, addita ratione, *si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere.* Potest enim per interpretem scilicet referri quid in actu testandi sit gestum; cum necessarium non sit visum, ut omnes circumstantiae a testibus commemorentur. Utique haec res in testamento scripto conciliari potest, in nuncupativo haud perinde; nec de eo *d. l.* 20. §. *pen.* accipienda videtur.

S c h o l i u m.

Sed tamen ratio d. l. 20. §. pen. *quam Autor dicit consistere in eo, quod per interpretem scilicet et percipi et referri possit quid in actu testandi sit gestum, etiam videtur accommodari posse ad testamentum nuncupativum.*

R e s p o n s i o.

Vocem percipiendi *ad circumstantias, non ad dicta pertinere volui, quae in mystico sive clauso testamento nulla de negotio ipso proferuntur. Ut autem in nuncupativo testatio ipsa per interpretem testibus exponatur, nec subtilitas unici contextus, neque natura negotii ferre videtur; utpote, cum nuncupatio testamentorum vix aliter, quam rapido instantis mortis periculo, soleat usurpari.*

N. A d d i t.

Facile mihi persuadeo JCtum in l. 20. §. pen. *cogitasse de testamento scripto et mystico quod per aes et libram fiebat. Interim tamen rationes Autoris mihi nondum persuadent, quod decisio JCti ad testamentum scriptum sit restringenda. Nam quod primo dicit, in testamento mystico et clauso nulla dicta de negotio ipso fuisse prolata, id repugnat iis quae* in fine §. 5. hic *de formula solemni nuncupationis in testamentis per aes et libram adhiberi solitis ipse recensuit. Deinde, quod dicit, in testamento nuncupativo subtilitatem unici contextus non ferre, ut negotium testibus per interpretem exponatur, parum ad rem facit, quin et in testamento illo per aes et libram, unitas contextus non obstabat, quo minus Autor hanc rationem legis daret, quod per interpretem testi referri posset, quid sit gestum. Denique, quod ultimo loco provocat ad naturam negotii, initio non universale est, quod testamenta nuncupativa fiunt in instanti mortis periculo, deinde, si esset, magis persuadere sententiam contrariam: Nam subitaneae mortis periculum poterat excusationem praebere testatori, quod propter illud testes, utcunque potuerit, conquisiverit, nec adeo ipsi imputandum sit, quod non fuerit diligentior in conquirendis testibus sermonis latini peritis.*

(s) Postremo arcentur a testimonio *improbi et intestabiles*, in *l.* 18. §. 1. qui *test. fac.* qui, ut dictum, etiam facere testamentum vetantur, *l.* 26. qui *test. fac.* quae verba conjunctim accipienda sunt, neque enim quamlibet improbitatem, sed talem esse oportet, quae hominem reddat intestabilem, id est, omni testimonio fideque habenda indignum. Habentur autem intestabiles, non quilibet infames, sed illi tantum, quos ipsa Lex tales esse jussit, ut recte Viglius *ad hunc* §. 6. n. 13. *Una vero tantum species reperitur*, pergit Viglius, *ex qua intestabilis hodie quis fiat, scilicet, cum quis ob carmen famosum damnatus est l.* 21. *de Testibus. d. l.* 18. §. 1. Theophilus tamen *eam vocem aliter declarat*, nam is dicit improbum ac intestabilem hoc loco esse, qui ut testis testamento adhibitus subscripsit et signavit, post mortem autem testatoris sistere sese ac testimonium confirmare noluit; Μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι, *Leges ejusmodi hominem oderunt*, inquit, neque testari aut capere ex testamento permittunt. Desumpsit exemplum illud ex ipsa L. XII. Tabularum, in qua scriptum fuisse refert Gellius *lib.* 15. *noct. c.* 13. in fine: QUEI. SE. SIERIT. TESTARIER. LIBRIPENS. VE. FUERIT. NI. TESTIMONIUM. FARIATUR. IMPROBUS. INTESTABILISQUE. ESTO. quae tamen sanctio non modo in testamentariis, ut videtur velle Theophilos, sed inter vivos quoque mancipationibus locum habebat, ut docet Raevardus *ad L.*

(r) *Pos.* 31. (s) *Pos.* 30.

XII. Tab. cap. 10. Ex Constitutionibus Imperatorum ordini quoque intestabilium accensendi perduellium liberi, *l.* 5. *C. ad L. Jul. Majest.* item improbiores haeretici, pagani, et apostatae a fide vera, *l.* 3. *C. de Apost. l.* 4. *et l. pen. C. de haeret.* sed haeretici minus perniciosi in Testamentis et contractibus admittuntur, atque in judiciis, cum inter sese litigant, non adversus orthodoxos. *d. l. penult.*

14. (t) Caeterum conditio testium, an his vitiis quae recensa sunt laborent, tempore testamenti facti consideratur proinde, si tempore mortis, aut cum tabulae aperiuntur, eorum status melior, aut deterior sit factus, id nihil nocet, neque prodest. *l.* 22. §. 1. qui *test. fac.* Quod si aliquando eveniat, ut ejusmodi inter testes persona reperiatur, cujus conditio inhabilis ad testimonium latet omnibusque ignota est, quemadmodum si servus, ut in *hoc* §. 7. vel haeretiens, aut mulier in habitu virili inter testes irrepserit, talis defectus quoniam quod ignoratur civiliter ac si non esset habetur, nihil nocet testamento. Verum si postea ante apertas tabulas rei veritas innotescat, etiamsi ex rigore juris testamentum vitiaretur, Imperatores tamen ex aequitate, ἐκ φιλοτιμίας. ut Theoph. decreverunt, ut aeque firmum habeatur, ac si ut oportebat factum esset, §. 7. *h. t.* quod ratio publicae utilitatis expressit; si quidem multa nimis omni die infirmarentur, si latentes defectus personarum, quae, dum ad actum aliquem adhibentur, omnium judicio idoneae creduntur, id quod ageretur, vitiarent: confer *l.* 3. *ff. de SCto Maced. l.* 3. *ff. de off. praet.* Cui accedit, quod, ut antea diximus, rei ignoratae nullus jure civili effectus dari potest. Valde igitur D. Voetius improbabiliter contra Bachovium et *Dd. communiter* disputat, *comment. ad hunc* §. *n.* 2. constitutionem in *d.* §. 7. ultra speciem casus propositi minime extendendam esse: neque enim dubitari potest, quin Imperatores sub servi exemplo in omnibus occultis personarum defectibus idem obtinere voluerint, servique meminerint, quia casus ille usitatior, reliqui minus frequentes erant. (5)

15. (u) Praeterea non admittuntur ad testimonium domestici Testatoris, οἰκεῖοι εἰς μαρτυρεῖν. (Nam quod testes inter se domestici, id est, unius familiae sint, id non obstare docetur in §. 8. *h. t. et l.* 17. *de Testibus.*) Vox autem domesticorum aliter in judiciis, aliter in ultimis voluntatibus accipitur. In illis domestici vocantur, quicunque de domo nostra producuntur. *l.* 24. *ff. de testib. l.* 3. *C. eod.* Sed hoc loco strictius eos duntaxat domesticos vocamus, qui cum testatore eodem patriae potestatis vinculo sunt conjuncti, ut satis ex hoc §. 9. liquet; unde recte Theophilus domesticum testimonium, non ex habitatione, neque usu tecti aut mensae, neque ex cognatione, sed ἐξ ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι, *ex conjunctione potestatis*, aestimari docet. Filius igitur in testamento Patris, cui subjectus est, testis esse nequit, nec Pater in eo, quod filiusfam. fecit, scilicet de peculio castrensi post missionem ex militia, ut habetur in *d.* §. 9. Nam in eo, quod fecit dum miles erat, dubium non est, quin testimonium ejus recipiatur: de quo casu si responsum Ulpiani et Marcelli cum Viglio aliisque multis accipiamus, in *l.* 20. §. 2. *ff. h. t.* gravem amoliemur antinomiam, quae multis inevitabilis videtur, neque temere, ut multis probat Vinnius. Quod si contrarius huic iste locus sit dicendus, videmur tamen habere quod sequamur; Cum enim Justinianus hunc versiculum non sumpserit ex alio in Pandectis responso, sed locus plane sit singularis, decisio haec Imperatoris praevalebit JCtis, quorum responsum pro abrogato habebimus. Neque enim refert, utrum constitutiones in Codice an Institutionibus reperiantur. *arg.* §. 6. *proaem. Inst.* Id vero jam sponte liquet, patrem, filium et fratres, qui per emancipationem separati sunt, sibi invicem testimonii dictionem in testamentis praebere posse, quod longe aliter in judicialibus comparatum est, *l.* 9. *ff. de Testib. l.* 6. *C. eod.* quoniam ratio quoque diversa utrobique est. Nam in judiciis cognati arcentur, quoniam veritati rerum gestarum vix fieri potest, quin ex affectu consanguineo grave praejudicium creetur, et *testes* pro conjunctis personis non aliquid aut veri dissimulent, aut ultra verum addant: sed testatores non ideo testes adhibent, ut per eos de commodo suo certent, cum heredis potius utilitas vertatur; verum ut coram illis suprema sua ordinent, quod inter amicissimos plerumque fieri ament. Ratio igitur, quae personas illas vetat esse testes, alia esse non videtur, quam quod per vinculum patriae potestatis cum testatore eaedem personae censeantur, ac ita testator seipsum quasi testem adhibere videatur.

(t) *Pos.* 32. 33. (u) *Pos.* 34. 35.

(5) *Non putem rescriptum Impp. de quo in* § 7. h. t. *ultra speciem casus propositi extendi posse, cum illi Impp. ex liberalitate sua et contra Juris principia rescripserint, quod proinde ad consequentias non est producendum* l. 14. *de leg. neque id probat* l. 3. *de off. praet., cum, ut ejus decisio locum habere possit, alia concurrant necesse sit. in* l. 3. *pr. de S. C. Maced. scribit. J. C. cessare Senatus Consultum, quia in casu proposito cessat ratio dandi exceptionem, odium creditoris scilicet.*

16. (x) Eadem ratio dictat, quando heres prohibetur testis esse §. 10. id perinde accipiendum de iis, qui potestatis vinculo cum herede sunt juncti, seu filius, seu Pater, sive fratres sint non emancipati: Sed narratio Justiniani incidit in scrupulum, qua commemorat, veteres heredi et iis, qui per potestatem conjuncti fuerant, concessisse testimonia in testamentis praestare, idque propterea, ut Theophilus addit, quoniam heredis nomen in testamento per aes et libram erat occultum; quapropter in sua causa testis esse non videbatur, utpote ignarus suom commodum verti; quod si forte ei innotuisset, veteres eum dehortabantur, ne facultate concessa perhibendi testimonium abuteretur. Obiter notatu digna sunt verba Caesaris *d.* §. 10. *Tamen nos, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes.* Haec enim creberrima et pulcherrima legum materies; ut quae ex naturali ratione laudabilia, non tamen necessaria sunt, iis Legislatores *ἀναγκαστικὴν δύναμιν*, vim *obligandi* atque cogendi tribuant. Heres igitur, quoniam inter ipsum et testatorem omne testandi negotium geri creditur; sibimetipsi ut testis sit, merito improbatur. Ideoque fidem Viro Cl. nullo modo habendam censeo; moribus hodiernis, heredem in testamento scripto posse testem esse, *audacter adserenti*; at sine ullo auctore vel rei judicatae praejudicio *comm. ad h. t.* §. 10. *n.* 2. Legatarii autem et fideicommissarii particulares, (nam qui universo fideicommisso honorati sunt, pro heredibus habentur §. 3. *et* 4. *I. de fideic. hered.*) ad testimonium et olim fuerunt admissi, *l.* 20. *pr. ff. h. l.* 14. *ff. de reb. dub.* et expressa constitutione Justiniani etiamnum admittuntur, ut ipse testatur in §. 11. *h. t.* Ratio autem cur Legatarii et fideicommissarii non prohibeantur, redditur ab Imperatore, *quia non juris successores sunt*; quod plerique ita interpretantur, quod non ejusmodi successores sint qualis est heres, nempe juris universalis, sed particularis duntaxat. Theophilus verba illa reddit, *ἐπειδὴ οὐκ ἀσωμάτου γίνονται διάδοχοι*, *quia non fiunt rei incorporalis successores.* Ejus igitur explicatio videtur, quod Legatarii corpus aut rem certam consequantur; heres non corpus ullum, neque rem certam, sed jus a defuncto relictum; Nam hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ait JCtus in *l.* 50. *ff. de hered. petit.* quod tam onera quam commoda complectitur. *l.* 119. *de V. S.* Ideoque heres repraesentat testatorem, quod de Legatario dici nequit. Res eo redit, quod in §. 10. dictum est, negotium omne gestum credi inter testatorem et heredem, qui hereditatem, id est, ipsum jus defuncti nanciscitur; ideoque dum is totum negotium occupat, cum legatario nihil proprie actum videtur, vel tam exiguum hoc est, ut in censum non veniat; aut forte, quia testator ipsum legati quoque negotium cum herede gerit, a quo id vult praestari legatario: est enim legatum donatio quaedam ab herede praestanda, §. 1. *I. de Legat.* qua de re plenius in loco. Plane si par esset Testamentarii ac judicialis ratio testimonii, vix fieri posset, ut fidem mereretur is, cujus tantopere interesset, ac legatarii in testamento interesse liquet; tralatitium enim est, neminem in propria causa testem esse audiendum *l.* 10. *C. de Testib.* et propriam cujusque causam vocamus, cujus emolumentum aut damnum proprio nomine ad aliquem pertinet. *l.* 1. §. 11. *Quand. appell.* Legatarii autem in testamento verti lucrum suo nomine res ipsa loquitur. Sed ad differentiam inter testamentaria et judiciorum testimonia videtur et hoc pertinere, quod in judiciis secundum depositiones testium causae decidantur, et singulae ad probationem pertineant; cum in testamentis multitudo testium ad solennitatem magis quam probandi necessitatem spectet, neque ex unius aut alterius testis fide, delatio hereditatis pendeat, quando plura sunt alia, quae ad testamentorum observationem requiruntur, falsoque fabricando sunt impedimento. Praeterea, si Legatarii ob testimonium in sua causa dictum liberalitate defuncti exciderent, non ab alio quam herede repellendi forent; Sed qua fronte heres aut quo jure negabit eorum testimonia valere, quorum vi ipse tanquam ex valido testamento universam successionem nactus est? Quod recte vidit Bachovius. Postrema ratio profertur a Symmacho *lib.* 10. *epist.* 55. *Calumnia*, inquit, *inanis objecta est, quod signatores nescio quid legati ex eadem voluntate accepissent etc. Nam si his legibus viveremus, inimicis potius signatoribus uteremur. Quis non familiarissimum quemque signandis adhibet, cum extrema conduntur? Jam quid mirum est, si in oculis positus meretur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari* etc. Et mox; *Non fero signatorem, cui pars bonorum magna defertur.* Ex quibus verbis, rerum duntaxat modicarum legatarios ad testimonium admittere videtur. Sed jus nostrum non distinguit, neque spectat quantitatem lucri, sed jus directum successionis, etiamsi suspicionem falsi enormius legatum facilius movere posset. Non utimur ad defendendum Legatarii testimonium ea ratione, quod in scripto testamento plerumque ignotum sit legatariis, quid his aut illis relictum sit; Putamus enim, in nuncupativo

(x) *Pos.* 36.

etiam legatarios inter testes admitti, quia leges non distinguunt, et rationes allegatae in utrisque locum inveniunt. In praxi etiamnum servari jus Romanum, contra Groenewegium defendit D. Voetius *ad* §. 11. *n.* 2.

17. (y) Leve porro est quod Imperator monet in §. 12. nihil interesse, membranis, charta, palimpseste, vel aliis scribatur testamentum; neque magis intererit, utrum stylo, an calamo, atramento, aut alia re; neo qua lingua aut genere scripturae sit usus Testator, modo literae sint clarae atque distinctae; nam testamentum *notis* exaratum, id est compendiis literarum, non valet, *l.* 6. §. *ult. ff. de bon. poss.* nisi militis, *l.* 40. *ff. de Testam. mil.* aut Parentis inter liberos, *l.* 21. §. 1. *C. de Testam.* quibus id postea Justinianus diserte prohibuit in *Auth. quod sine. C. de testam. ex Nov.* 107. *c.* 1. Idemque omnes notas *seu siglas*, ut loquitur, in libris juris amplius usurpare prohibet, quibus olim pleni fuerunt JCtorum libri. *l.* 2. §. 22. *C. de vet. jur. enucl.* Quod si recte observatum fuisset, vix potuerat esse verum, quod Cujacius observat; multos in libris juris nostri errores ex ejusmodi irrepsisse notis *ad* §. *ult. I. de vulg. subst.*

18. (z) Postremum, quod de scripto Testamento tradit Imp. in §. 13. spectat securitatem atque commoditatem ultimarum voluntatum; si Testatores peregre sint absfuturi aut alioqui metuant, ne tabulae testamenti intercidant, facultas illis datur plura instrumenta eodem exemplo conficiendi, iisdem verbis scripta, ab iisdem signata testibus, quorum si unum forte, vel fraude aliorum pereat, voluntas defuncti ex eo, quod superest, intelligi atque impleri possit. Explicat rem Papinianus *in l. ult. de his, quae in testam. del. induc. Pluribus tabulis*, inquit, *eodem exemplo scriptis, unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solemniter complevit*; eleganter exprimens, utrumque testamentum esse debere authenticum, non alterum alterius exemplo factum, verum uno solemnitatis actu comprehensum. *Si quasdam tabulas*, pergit, *in publico depositas abstulit atque delevit, quae jure gesta sunt, praesertim cum ex caeteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita.* Quamvis deletio et inductio testamentum faciat irritum, ut ex *l.* 1. *pr. ff. h. t.* apparet. Tamen, si ex pluribus testamentis unum modo sit deletum vel incisum, hares scriptus ex eo, quod integrum profert, petere adhuc potest hereditatem: Quia singulis instrumentis tota vis probandi scilicet inest, et praesumptio est, testatorem reliqua delevisse quod superflua censeret: nam si animum adimendi hereditatem habuisset, omnes tabulas publice depositas procul dubio sustulisset. Quodsi haec praesumptio per contrariam probationem aut fortiorem praesumptionem everti possit, aliter statuendum fuerit, quemadmodum Paulus ad eumdem Papiniani locum *d. l. ult.* notavit, *Sed si ut intestatus moreretur incidit tabulas et hoc probaverint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas.* Nec secus videtur, quando testator peregre forte absens, quas in potestate habebat, tabulas deleverit aut conciderit; tunc enim de reliquis idem facturus, adeoque animum abolendi testamenti habuisse credendus est. Papiniani quippe sententia agit de casu quo tabulae omnes in publico extant omnesque a testatore facile auferri et aboleri poterant; ideoque, ubi contrariae sunt circumstantiae, diversum sine dubio statuendum videretur.

19. (a) Sed non aeque expeditum est, an, ut unius testamenti plures tabulae, ita in iisdem tabulis diversae diversorum testatorum dispositiones conscribi possint, quod hic a Viglio negativa disputatur, cui se Peckius opponit *lib.* 1. *ff. de Testam. conjug.* c. 19. ubi recte *in princ.* monet, hanc quaestionem in scripto duntaxat testamento habere locum. Nam quo minus diversae nuncupationes heredum separatim factae in eadem charta scribantur, nihil vetat, quia scriptura ibi tantum ad probationem, non essentiam actus pertinet. Magis tamen adsentiendum Viglio videtur, subtilitatem et unitatem contextus non permittere ut diversae voluntates conjungantur, nec trahendum in consequentiam quod de substitutione pupillari scriptum est, patris et filii testamentum pro uno haberi, in *l.* 20. *de vulg. et pup. subst.* quod nec applicari nostrae quaestioni potest; cum unus duntaxat ibi sit testator et unius voluntas, etiamsi duo heredes, Duplex *quodammodo* in pupillari substitutione testamentum esse, ait Imp. in §. 2. *I. de pup. sub.* sed revera est unum quia pupillare pars et sequela paterni est, adeo ut si Patris testamentum non valeat, nec filii quidem valere queat, ut docetur §. 5. *eod. tit.* quod longe aliter se habet, ubi duo sibi mutuo non subjecti pariter sunt testati. Tunc enim revera duo esse Testamenta, non modo ex diversitate testatorum, sed etiam ex effectu liquet. In id enim Doctores consentiunt, alterum sine altero novum condere posse testamentum, ac ita derogare priori, quod pro parte tamen alterius valere pergit; atqui, si unum esset, necessario totum per posterius rumpi debebat; idque ipsum argumento est, uno non subsistente, alterum tamen subsistere

(y) *Pos.* 41. (z) *Pos.* 42. (a) *Pos.* 7.

posse, quod secus erat in pupillari. Igitur ubi duo sunt Testamenta, ibi non potest esse unus contextus. Quod alia adhuc ratione probari videtur; nam in proposito casu fieri potest, ut unus testator contextum exacte observet, alter eum interrumpat vel extraneos actus immisceat; Quid enim si unus testes rogaverit, alter non, aut fundum unus vicino vendiderit, alter nihil tale fecerit? Utrum dicemus totum, an pro altera tantum parte vitiari testamentum? Si pro parte dicas, id haud dubie a ratione juris Romani abhorret, ut e scriptura testamenti non jure completa solemnibus defecta, heres existat. Nec tamen, quod omnino corruat, statuendum videtur, quia verum est, unum testatorem ita esse testatum, ut omnia juris requisita examussim servarit. Utrumvis autem decernas, id perspicue apparet, non posse unum in testamento dici contextum, ubi unus servavit, alter violavit suum contextum. Ac ita quidem jure civili videtur: sed Doctores et usus populorum notissimus contrarium recepit, ut Peckius *d. c.* 19. probat.

20. (b) Atque ita Romani voluntates suas in scriptis ordinabant. Poterat autem quisque, et potest etiamnum condere testamentum nuncupativum, in quo solemnia de testibus unitasque contextus eadem quae in scripto observantur. *l.* 21. . 2. *C. eod.* §. *ult. Inst. h.* Tantum voluntas Testatoris clara voce pronunciatur, et consequenter solemnia, quae scripturam comitantur, in eo secundum *dd. ll.* cessant. Celeriorem hanc esse testandi rationem, satis apparet, eaque est unica pene ratio propter quam usurpari solet ac solebat, quando nimirum repentina vis morbi spatium non relinquit scripturam conficiendi omniaque solemnia adhibendi, uti de Horatio scribit Suetonius in ejus vita *in fine*; *Decessit etc. herede Augusto palam nuncupato; quum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Plerumque autem post consummatum testandi actum, declaratio testatoris in mundum redigitur testiumque subscriptione munitur vel eorum apud acta examinatio instituitur; ut depositiones publico instrumento inserantur, qua de re Schneidewinus *ad hunc* §. tractat. Satis autem constat ejusmodi scripturas non esse testamenta, sed probationi duntaxat inservire, adeoque testamentum esse atque manere nuncupativum. Nihil tamen obstat, quo minus Testamentum aliquando et ut scriptum et ut nuncupativum valere possit; primo, si heredem quidem scribat, legata vero aliaque testamenti capita voce viva nuncupet. *l. ult. de Codicill.* Dein, si testator primo coram testibus heredem clare nominet, ac caetera quae voluerit declaret; tunc eodem contextu voluntas nuncupata in Tabulas redigatur, cui testator ipse testesque subscribant: quo casu, si testatorem antequam scriptura perficiatur exspirare contingat, dispositio tamen ut nuncupativa valebit; in quem finem congruere potest clausula, quam vulgo notarii inserunt Testamentis, ut si tanquam scripta valere nequeant, saltem ut nuncupativa subsistant. Tametsi et tunc eam adjicere soleant, quando voluntas testatoris ignota testibus, secreto a Tabellione scripto comprehenditur, etiamsi tunc inutilis videatur. Neque enim fieri ullo modo potest, ut Testamentum pro nuncupativo habeatur, ubi Testes heredis nuncupationem nullam audiverunt et quis ille sit ignorant. Quanquam sunt, qui scribant, Testamenta in foro omnia nuncupativa censeri, etiam quibus clausis in dorso inscriptum est a Notario coram testibus, voluntatem testatoris supremam iis contineri. Imo si moriatur testator antequam voluntas soli Notario cognita in scripturam fuerit redacta, vel ab ipso, testibus et notario subscripta, nihilominus sustinebitur ait D. Voetius *ad hunc* §. multosque in eam rem auctores citat, quorum tamen plerique id iis in locis non agnoscunt. Sandius tamen noster *l.* 4. *tit.* 1. *ff. de fin.* 9. *in fin.* scribit, eam esse Doctorum sententiam, scriptum testamentum professione Testatoris, quod scriptura testibus exhibita voluntas sua contineatur, *sustineri tanquam nuncupativum, quasi nuncupatione implicita factum*, quod quam sit alienum a Jure Civili, facile ex superioribus intelligitur. Talis enim professio tantum abest, ut ex scripto nuncupativum facere queat testamentum, uti proprium quoque sit requisitum ipsius scripti. *l.* 21. *C. h. t.* Jam quid monstri est, speciale atque necessarium Testamenti scripti requisitum id efficere, ut jure nuncupativo sustineatur; Si ea Doctorum opinione, qui Romanam testandi rationem penitus per inscitiam magis quam mutatos seculi mores aboleverunt (ut toties queritur Viglius,) non videatur alienum, apud nos sane, qui Juris civilis requisita prope omnia servamus, sententia illa vix tolerabilis videtur. Saltem improbatum esse a Curia nostra Testamentum, quod Testator a Notario scribi jusserat, sed cui hora fatali praeventus nec ipse neque testes subscripserant, tametsi jam calamum coram testibus manu teneret et clausula nuncupativi inesset, aliquandiu, sententia pronunciata, intellexi. Postremo sciendum, Testamenta secundum loci, in quo facta sunt, consuetudinem rite facta, ibique etiam, ubi diversae solemnitates requiruntur, valere ac effectum habere, tam quod ad mobilia quam immobilia bona, ut eleganter probat Sandius *d. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 14.

(b) *Pos.* 43. 44.

TIT. XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

I. De Testamentis privilegiatis in genere. II. De Testamento Militari. III. Ratio istius privilegii. IV. Requisitum fundamentale testam. milit. V. De Veteranorum testam. VI. De testamentis ante militiam factis. VII. Cur minima cap. diminutione non tollatur milit. testam. VIII. De testam. super peculio quasi castrensi.

(a) Hucusque de testamentis secundum juris solemnia factis. At sciendum, proditas esse legibus species ultimarum voluntatum, quas ob graviores rationes placuit solvi quibusdam aut omnibus illis requisitis, ad impediendas fraudes quae nec alibi frequentius quam circa testamenta olim committebantur, excogitatis, adeo ut Lex Cornelia de Falsis *Testamentaria* exinde nuncuparetur. §. 7. *Inst. de publ. jud. l.* 30. *pr. ad L. Corn. de Fals.* Certae solemnitates remittuntur *primo* in testamentis rusticorum omniumque ruri habitantium, quae subsistunt cum signis et subscriptione quinque testium, imo signis etiam solis, si literarum periti, ut fit in agro, haberi nequeant, *l. ult. C. de Testam.* Dein Testamenta tempore pestis facta valent, etiamsi testes *metu contagionis*, διὰ τὸ μὴ τῆς νόσου μεταλαβεῖν, ut Basilici, non pariter, sed alii post alios advocati fuerint; de numero autem testium *convenienti*, habet textus, aliisque solemnibus nihil est remissum, *l. 8. C. de testam.* quod secus est in foro, * Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 4. Omnes solemnitates remissae sunt in testamento, quod Principi oblatum, et quod apud acta judicii conditum est, *l.* 19. *C. de testam.* idem in eo quod parentes utriusque sexus inter liberos fecere, tam emancipatos quam suos, primi vel ulterioris gradus (Sand. *d. tit.* 1. *defin.* 6.) *l.* 21. §. 1. *C. de Testam. et Auth. seqq. ex Nov.* 107. *c.* 1. denique auctoritate Juris Canonici (quod duobus testibus ubique cum Parocho contentum est *cap. cum esses* 10. *X. de Testam.*) receptum est, quod ad Testamenta ad pias causas, de quibus est *cap. relatum* 11. *eod. tit.* Schneidew. *ad* §. 5. *h. in fine* Tiraq. *de privil. piae.* de quibus ad Pandectas plenius *in loco.*

2. (b) Omnium autem maxime privilegiatum est militare Testamentum. Quia non modo absque solemnitatibus in actu testandi adhibendis valet, sed et alia multa contra regulas juris communis militibus indulta sunt, qualia sunt, quod miles plura possit facere testamenta quae omnia valent, *l.* 19. *et l.* 35. *ff. de testam. milit.* impune praeterire liberos, *l.* 9. *C. eod.* quod nec testamentum ejus querela inofficiosi rescindatur, *l.* 27. §. 2. *ff. de inoff. testam.* deportatum scribere possit heredem, modo, cum miles moritur, sit restitutus, *l.* 13. §. 2. *ff. de milit. testam.* quod denique testatus partim, partim intestatus decedere potest. *l.* 6. *eod.* Quae omnia nimis quam aliena sunt a testamentis PAGANORUM; qua voce omnes, qui milites non sunt, intelligi, nihil toto jure tritius; idem apud Suetonium *in Augusto cap.* 27. *et Galba cap.* 19. Plinium Secundum *lib.* 7. *epist.* 25. Tacitum 1. *hist.* 53. *l.* 2. *c.* 14. *c.* 88. *et l.* 3. *c.* 43. *et* 77. Ratio appellationis nobis videtur; quia milites emeriti castris valedicentes, ab Imperatoribus in pagis ad colendos agros sibi donatos collocabantur; unde pagani qui militare desierant, et producto vocis usu omnes ἀπόλεμοι et ἀστράτευτοι.

3. (c) Ratio indulti militibus privilegii, redditur a Justiniano *in pr. de Milit. Testam. Propter nimiam imperitiam eorum*, qui tamen potius color, quam solida ratio videtur. Quippe secundum hanc milites quoque in aedibus, vel in sedibus, id est praesidiis suis atque hibernis, idem privilegium obtinerent, quoniam ibi nihilo peritiores sunt, quod tamen negatur *eodem princ.* ubi locus privilegio duntaxat est *in expeditionum necessitate*; extra quam milites observatione juris communis obstricti sunt, ut pagani. *in fine de princ.* Unde liquet, veram rationem petendam esse ex laborum et periculorum functione, justaque occupatione armorum, qua militibus in procinctu stantibus minime est integrum adhibere tot prolixas et curiosas solemnitates, sed in hibernis agentes consulendi peritiores copia non carent, ideoque nec juris ignorantiae tum probabilis excusatio habetur. *l.* 9. §. 3. *de jur. fact. ignor.* Eadem

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 2. 3.

* Jure Saxon. in testamento tempore pestis condito, duo aut tres testes, licet non consociati, v. *Dec. El.* 46. sufficiunt, dummodo aut ipse testator peste laboret, aut domus, in qua est, contagium sentiat, *P.* 3. *C. El.* 4. ibique Carpz. *Def.* 4. *n.* 2. Finckelthaus. *Obs.* 7. *n.* 6. Philipp. *ad Dec. El.* 46. *Obs.* 11. Diss. Muller. *ad J. C. El. n.* 1. *seq.* Interim etiam in hoc testamento haeredis institutionem necessariam, eaque omissa testamentum esse invalidum, exceptis legatis ad pias causas aliisque, docet *d. Dec. El.* 46.

ratio efficit, ut omnibus, qui in hostili solo versantur, nec tamen servi sunt hostium, eadem libertate testari liceat, quo modo velint et quo modo possint, *l. un. pr. de bon. poss. ex testam. mil.* ubi et hoc ex §. 1. discimus, milites tam navales quam legionarios, etiam remiges et vigiles, gaudere hoc privilegio. Proinde, cum pro hodiernis militibus eaedem rationes, quae pro Romanis militent, nulla causa est, cur non perinde nostri sine ullis solemnibus suprema sua ordinare possint, neque aliter in praxi servatur, teste Gailio 2. *obs.* 118. Gudelino 5. *de jure noviss. cap. fin. n.* 8.

4. (d) Solemnitatibus igitur cunctis in militari testamento remissis, nihil requiritur, quam ut certo constet quid miles voluerit et quod serio, quae dixit, animoque testandi voluerit. Nam si quis fortuito sermone miles jactaverit, se aliquem facere aut facturum heredem, id pro testamento minime observandum esse, Trajanus sancivit in §. 1. *h. t.* ad arguendam sine dubio avaritiam antecessoris sui Domitiani captare soliti hereditates hominum, qui vel uno teste probari poterant aliquando dixisse, heredem se facere Imperatorem, narrante Suetonio in vita ejus *cap.* 12. cujusmodi captatio improbatur in *l. ult. ff. Qui testam. fac. poss.* Sufficit autem de voluntate seria animoque testandi constare ea certitudine, quae in omni probatione est necessaria. Proinde si militis ipsius scriptura proferatur, quam propriam ipsius esse non dubitatur, dicendum est sine ullis testibus valere illud Testamentum, idemque erit, *si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint*, ut legimus in *l.* 15. *C. h. t.* imo si quid *in pulvere*, addit Imp. *inscripserint gladio suo*: cujusmodi tamen adnotatio desideratam certitudinem difficulter praestare poterit, si nulla testium praesentia scientiaque sublevetur: vix enim foret, ut perspicue discerni posset, utrum a moribundo milite, an ab alio literae pulveri essent impressae. In nuncupativo sane militis Testamento, duobus ad minimum opus esse testibus, docet Trajanus in *d.* §. 1. ubi, *convocatis hominibus*, tot scilicet, quod ad probationem rei gestae conficiendam jure communi desiderantur; At ubi numerus testium non adjicitur, ut hoc loco, etiam duos sufficere, Ulpianus respondit, eo quod pluralis elocutio duorum numero contenta sit. *l.* 12. *ff. de Test.* (e) Jam quod privilegii loci militibus imputatur, etiam mutos et surdos eorum condere posse testamenta, id vix usum aut locum privilegii habere videtur, postquam omnes muti surdique hanc facultatem adepti sunt, modo voluntatem suam muti scribendo, surdi loquendo exprimere possint, *l.* 10. *C. qui testam. fac.* quod nec aliter de militibus intelligendum, quia nec fingi potest, testamenti factionem illis, qui animi sententiam declarare nequeunt, convenire; (1) quales plerumque causaria missione militum numeris eximuntur, ut Theophilus notat; post missionem autem militariter eos non posse testari, id monere, quod facit Theophilus, superfluum est.

5. (f) Siquidem de omnibus veteranis, hoc est dimissis e militia, traditum est, si testamenta condere velint, ea communi jure fieri debere. §. 3. *h. t.* Erant autem veterani apud Romanos post Augusti tempora duplices, exauctorati et dimissi. Exauctorationis ea vis erat, ut milites sacramento solverentur, signis aquilisque ademptis, non tamen dimitterentur protinus sed seorsim in exercitu agerent sub uno aliquo vexillo, immunes a labore, vigiliis, excubiis et omni munere castrensi, excepta pugna in hostem. At plenae missionis effectus, ut statim ab exercitu castrisque domum aut in colonias irent, praemiis acceptis, agrisque, quos colerent, assignatis: Exauctoratio post sedecim stipendiorum annos fiebat; missionis plenae tempora diversa et incerta erant, ut Tacitus *lib.* 1. *Annal. ibidemque* Lipsius tradunt. Et haec erat honesta exauctoratio atque missio; alia fuit ignominiosa tam missio quam exauctoratio, item caussaria, ob valetudinem vitiumque animi vel corporis, de quibus in *l.* 2. *ff. de his, qui not. infam.* Quocumque genere missionis miles esse desierit Testator, privilegio castrensi excidebat; praeter honeste exauctoratos et sub vexillo agentes, qui cum vere milites essent, privilegia quoque militaria merito usurpabant. Sed de testamentis jure militari a militantibus factis, quaestio incidebat, an ea post missionem protinus valere desinerent. Hoc cum durum, nec tamen juri consentaneum videretur, ut qui pagani dudum fuerant, cum testamento imperfecto decedentes heredem inde haberent, placuit anni spatium veteranis plena vel causaria missione potitis indulgeri; intra quod, si post relicta castra morerentur, testamenta eorum valerent, diutius si viverent, infirmanda; quod utique de his, qui ignominiae causa missi erant, non accipiendum, *l.* 26. *pr. et* §. 1. *ff. h. t.* neque de illis, qui successoribus acceptis militare desinunt, ut praefecti, tribuni et similes, *l.* 21. *eod.* quia verba constitutionis tantum de missione loquuntur,

(d) *Pos.* 5. 6. 7. (e) *Pos.* 8. (f) *Pos.* 9.

(1) *Usum hoc et privilegii locum habere posse probat Hein. in not. ad Vinn.* §. 2. h. t. n. 4.

ideoque sic statuendum sit Africanus, *quantum ad verba legis*, subindicans ex mente et senteotia secus statueodum. Cur enim Duces et Praefecti, qui aeque discrimina belli adeunt, minori jure quam caligati gauderent? Caeterum adeo testameotum, cum intra annum a tempore missionis testator est mortuus, valet, ut nec aliter obtineat, si forte conditio heredis institutioni adjecta sub anni finem adhuc pendeat, ac postea demum existat, *d.* §. 3. *in fin.* quia conditio existens facile ad principium actus, cui adjecta est; retrahi potest. *l.* 26. *ff. de Condit. instit.*

6. (g) E contrario, si quis Paganus testamento, neglectis solemnibus juris condito, militiae postea nomen dederit, quaerebatur, an hoc Testamentum valeret, si postea miles factus moreretur; Affirmat Imperator, si novum aliquod voluntatis argumentum, quo constet militem illud prius testamentum valere voluisse, editum fuerit, idque dum erat in expeditione, sit declaratom. §. 4. *h. l.* 20. §. 1. *et l.* 25. *ff. h. t.* Quod enim Ulpianus in *l.* 15. §. 2. *eod.* nihil aliud hoc casu exigere videtur, *quam si militis voluntas contraria non sit*, capiendum de hypothesi, qua testator aliquod signum novae voluntatis edidit: Haec renovata voluntas, vel confirmat prius testamentum, vel contraria est; *si non sit contraria*, confirmat, ac ita his verbis confirmatio expressa infertur. Proinde si nihil fecerit aut dixerit miles, testamentum ante militiam imperfecte conditum ad privilegia militum non pertinet, ait Julianus in *d. l.* 20. *in fin.* ideoque *lex* 15. §. 2. explicanda est ex hac *l.* 20. *et l.* 25. *et* §. 4. *eod.* tanquam clarioribus et expressis textibus; minime vero haec capita legum interpretandi ex *d. l.* 15. §. 2. ut vult D. Voetius *ad d.* §. 4. *h. t.*

7. (h) Porro, quia patria potestas non obstat militi, quo minus de bonis castrensibus testari possit, ut mox *latius*, sequitur, militem quoque adrogatum, non modo novum condere posse testamentum, sed etiam hoc quod fecit, non infirmari. §. 5. *h. t.* Sive enim consideremus potestatem Adrogatoris in personam militis, sive in bona ejusdem, neutra in hoc comparata est, ut officere queat Testamento, quia, inquam, jus condendi habet Testamenti sub potestate constitutus: bona castrensia ad facultatem juris Patrii nulla ratione pertinent, multo minus emancipatio filiifamilias militis evertit testamentum; Si enim hoc, cum Patri subjectus esset, valuerit, quid obstat, quo minus e manu dimisso illo, subsistat? Tu dices, si nihil obstet, ut revera nihil apparet, cur igitur in textu id monetur, testamentum militis per emancipationem *irritum* *fieri non videri*? Haerent Interpp. et sunt, quibus locus inextricabilis videtur, culpandusque Tribonianus ut minus *accurate et incongrue locutus*, ait D. Voetius. Sed ratio, per quam putari potest testamentum emancipatione irritum fieri, est, quod per minimam capitis diminutionem miles in imaginariam servilem causam deductus fuerit, *l.* 3. §. 1. *ff. de cap. min.* per quam testamentum infirmatur, *l.* 11. §. 2. *ff. de bon. poss. sec. tab.* ut in loco videbimus; at huic scrupulo occurrit Imperator in *d.* §. 5. *h. t.* et JC. in *l.* 22. *eod.* valere scilicet militis testamentum, quasi ex nova ipsius voluntate; nec sane mirandum, si cui tot gravissima legum requisita indulgentur, huic imaginaria quoque subtilitas juris remittatur.

8. (i) Exemplo militum quosdam togatos quasi-milites appellari, notum et alias intellectum est, qua de re elegans comparatio extat in *l.* 14. *C. de Advoc. divers, jud.* Hinc peculium quasi-castrense et jus ejus militari peculio simillimum, *supra* vidimus in loco. Sed ibi quidem comparatio illa quod ad administrationem inter vivos tractata fuit: hic etiam de ultimis voluntatibus additur; filiosfam. de peculiis quasi-castrensibus condere posse testamenta, quia hactenus pro patribusfam. habeotur; sed quia in illis cessant pericula et occupationes castrorum, ideo solemnitates juris communis aeque ab iis ac aliis civibus Romanis, observandae sunt. §. *ult. h. t. l. ult. C. de Inoff. test.* Qui textus insuper docent, non ideo tantum filiosfam. de bonis quasi-castrensibus habere jus testandi, quod ea pleno jure sint ipsorum, sed lege ad hunc effectum opus esse expressa; quia postquam castrensia peculia filiisfam. dudum propria facta fuerant, jus tamen testandi certis dumtaxat ordinibus dabatur, ut consulibus, praesidibus, aliisque in eminentiori dignitatis gradu positis, non patronis caussarum, magistris bonarum artium, similibusque: donec Justinianı constitutione generali his etiam provisum concessumque jus libere et indistincte de bonis hisce testandi. Quod ideo restringendum non videtur, ut D. Voetius existimat *Comment. ad hunc tit. in fine*, qui illam testamenti factionem non debere concedi putat *filiisfam. nisi in quantum sunt quasi in expeditione togatorum, id est, ubi legunt, vel docent, vel consulunt, vel patrocinantur, vel aliis fungentes muneribus suis laboribus prodesse conantur.* Haec enim limitatio rationem haberet, si filiofam. de quasi-castrensi absque solemnibus testari liceret, ut militibus. Nunc cum testandi potestas, a lege tanquam effectus pleni dominii sit concessa, sequitur, omnes, qui habent quasi

(g) *Pos.* 10. (h) *Pos.* 11. (i) *Pos.* 12.

castrensia, simpliciter de illis testari, quanquam actu forte militiam togatam exercere desierint, neque opus est, excipere desides, qui nomine tenus sunt Advocati: vix enim est, ut tales peculium quasi-castrense, quod non eisi labore paratur, adquirere possint; si tamen sunt, excipiendi fuerint a privilegio.

TIT. XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

I. Causa prohibitionis prima defectus status, ubi de servis et peregrinis. II De filiisfamilias. III. Vitium animi. IV. Vitia corporis, ubi de surdis et mutis. V. De testamento caeci. VI. Causa prohibitionis ultima, improbitus.

(a) Ex ea exceptione, quod Filiifam. de veris et quasi-castrensibus jure testari queant, intelligitur, regulam esse quod alioqui non possint. Neque illi dumtaxat, sed omnino tres causae totidemque hominum ordines sunt, quibus testandi jus interdictum est. Etenim alii propter defectum status (ita rectius dici, quam ob capitis diminutionem, ut est in *posit.* 1. monet Scholiastes noster) alii propter vitium animi vel corporis, quidam ob improbitatem prohibentur. Status enim triplex sit, maximus, medius, minimus, totidem inde prohibitiones oriuntur. Ob defectum maximi status, id est libertatis, vetantur servi tam vernae et mancipia, quam qui poenae servi * dicuntur, *l. 8. §. ult. ff. Qui testam. fac.* item qui in hostium potestate sunt, *l. 8. in pr. eod.* quorum, quae apud hostes condiderunt testamenta, non convalescunt, etiamsi redierint, *§. ult. h. t.* quod secus obtinere de testamentis in hostili solo ab iis qui captivi non sunt factis, diximus *supra*, et probatur ex *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* Quod etiam ante captivitatem a cive conditum fuerat, id per secutam conditionem servilem minime fit irritum: Nam si manus hostium evaserit reversusque in civitatem sit, valet testamentum fictione juris postliminii; si mortuus sit, successisse heredes scripti censentur exinde quo captus et civiliter mortuus fuit testator, juxta quam Lege Cornelia cautum *d. §. ult.* plura de postliminio et Cornelia lege, vide supra *lib. 1. tit.* 12. (b) Propter defectum medii status, juris scil. civitatis, testandi jus negatur deportatis, exsulibus, peregrinis, *l. 8. §. 1. et 2. ff. Qui test. fac. poss. l. 1. ff. ad L. Falcid.* item obsidibus, nisi a principe jus testandi vel usum togae Romanae impetraverint. *l. 11. ff. Qui test. fac. l. 32. ff. de jure fisci.* Moribus hodiernis, sublata servitute strictoque civitatis jure, quale Romanum erat, neque captivi apud hostes, nec obsides, nec peregrini a testandi jure excluduntur.

2. (c) Propter minimum statum prohibentur Filiifamilias. *pr. h. t. l. 6. pr. D. eod.* Ratio ab Ulpiano redditur in *tit.* 20. §. 10. quoniam nihil suum habent de quo testari possint; ex qua sequi videbatur, filiosfamilias de rebus, quae pleno jure propriae sunt ipsorum, condere posse testamenta, quod tamen negandum esse, modo probavimus ex *l. ult. C. de inoff. testam.* idemque luculenter patet ex *l. pen. C. Qui testam. fac. poss.* Ratio scilicet illa causam Decemviris dedit, ut lege XII. T. caverent, *Paterfamilias uti rei suae legassit, ita jus esto l. 120. de V. S.* Sed non semper, quod semel auctoritate legis sancitum est, cessante ratione quae legem introduxit, vim suam amittere, multa argumento sunt: Testamenti sane factio, postquam Lege XII. T. stabilita est, ita juris publici habita fuit, ut ne Patre quidem consentiente filiusfam. testari potuerit, quia lege antiqua excludebatur a testando, nec ulla nova admittebatur. *l. 6. h. t. et l. 25. §. 1. ff. de m. c. dimin.* Tantum de bonis castrensibus et quasi-castrensibus extant constitutiones expressae, quae filiisfamilias ultimarum voluntatum facultatem concedunt. *pr. Inst. h. t. d. l. ult. C. de inoff.* De adventitiis igitur cum nullae dentur Leges, certum est, non licere filiusfam. de iis testari, ne quidem de hisce quorum proprietas ad ipsum pleno jure pertinet, quoniam legis suffragio destituimur. Nam quae objiciuntur legum capita, ab aliis refutata sunt, de quibus vide Bronchorst. 2. *controv.* 21. *et.* 2. *miscell.*

(a) *Pos.* 1. 2. 3. (b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 5. 6. *et* 7.

* Ad mortem damnatus testamenti factionem activam adhuc habet, quod praeter universalem ferme Germaniae observantiam, in Saxonia *P. 3. C. El.* 6 confirmat, dummodo tale delictum haud commiserit, quod praeter ultimum supplicium, bonorum confiscatione multatur. *d. C.* 6.

17. Fachin. 5. *controv.* 49. Bach. *vol.* 2. *disp.* 10. *th.* 2. *ad Treutl.* item in *tract. de action. disp. ult.* 2. *coroll.* Praecipua difficultas objectionis est *in l. ult.* §. 5. ✝. *filiis autem famil. C. de bon. quae lib.* Nam quod in *Nov.* 117. c. 1. §. 1. habetur filiofam. de bonis, quorum ususfructus Patri non quaeritur, licere *quovis modo disponere*, facile refellitur, cum ex proprietate verbi διοικεῖν. quod est in textu originali, atque significat *administrare*, tum ex requisito *perfectae* et exclusione minoris aetatis, quam esse 25 annorum, nec in testamenti factione requiri constat. Sed in *d. l. ult.* sic habetur; *Filiis autem familias in his dumtaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus etc.* Ergo de his, quorum ususfructus ad Patrem non pertinet, testari licebit. Hanc consequentiam praecidit alia constitutio expresse in hanc rem lata, quae est *l. pen. C. Qui testam. fac.* ubi antiqua lex de prohibitione testandi non obstante constitutione *de bonis quae liberis*, adhuc durare dicitur, extra casus, quibus olim specialiter testandi facultas filiisfamilias data est. Verba igitur negativa *d. l. ult.* vel ab exclusione concludens argumentum heic non sufficit: opus est sanctione nominatim testamenti factionem tribuente; quae non est in *d. l. ult.*

3. (d) Sequitur secundus eorum ordo, qui testari prohibentur, quos inter ob animi vitium impuberes, furiosi, et prodigi. §. 1. *h. t.* Impuberes prohiberi dicuntur, quia nullum eorum animi judicium est; ex quo tamen cave colligas, puerum ante pilos solertem et proximum pubertati condere posse testamentum; neque enim quoties in particularibus ratio sanctionis cessat, continuo vis quoque cessat ejusdem, ut alias dictum: Et quidem hac in re Lex nominatim requirit, ut testator annum quartum decimum compleverit tamen ut excessisse non sit opus. Proinde qui Kalendis Martiis natus est, ultimo Februarii anni XIV. elapso, statim post mediam noctem jus consequitur testandi. *l.* 5. *ff.* qui *test. fac.* Porro furiosi prohibentur, *quia mente carent*, ait Imp. Unde apparet, non modo eos qui rabie animi agitantur, sed omnes mente penitus captos et ad omnia caecutientes prohiberi, simpliciores autem et stupidiores, qui possunt mediocritatem officiorum et vitae communem cultum atque usitatum obire, a jure testandi non excluduntur: qua de re videatur Sand. *lib.* 2. *tit.* 1. *de finit. ult.* In hoc autem differunt furiosi a dementibus, (*l.* 2. *ff. de Inoff.*) quod hi caecitate animi continua absque intermissione laborent, illi vero per intervalla quiete aliqua inumbrentur, quin et longiore aliquando rationis usu fruantur. Cum dilucidae sunt remissiones, omnia gerere possunt ὡσανεὶ σωφρονοῦντες, *tamquam sapientes*, ideoque et facere testamenta *l.* 9. *C. Qui testam. fac.* et testes in aliorum testamentis adhiberi. *l.* 20. §. 4. *D. eod.* Id vero facile intelligitur, testamentum ab homine sanae mentis et boni moris conditum, superveniente furore aut luxuria atque interdictione bonorum vitiove corporis, nullo modo vitiari, *l.* 6. §. 1. *et l.* 18. *ff. eod.* quanquam si status testatoris capitis diminutione mutetur, testamentum prius factum valere desinit, *l.* 6. §. 5. *et seqq. ff. de injusto rupto irrit.* qua de re infra ad §. 4. *ff. Quib. mod. testam. infirm.* Furiosis aequantur fere per omnia prodigi, nominatim quoque in prohibita testamenti factione. §. 2. *h. t. l.* 18. *D. eod.* Quia tamen prodigus mente non caret, sed corrupto solet esse judicio, et suis, quorum opera bonis ei interdictum est, infesto, hinc si re ipsa contrarium ostendat feceritque testamentum, in quo et sanguini aequum honorem habuerit, piasque in causas legata reliquerit, adeoque ita, ut hominem siccum sobriumque decet, testatus sit, Leo Imperator in *Nov.* 39. voluit ejusmodi Testamentum approbari: quam limitationem ut perhumanam Practici laudare videntur, ut tradit Sandius *l.* 2. *tit.* 1. *defin.* 3. ubi et aliud, quod faciliorem mereatur assensum, docetur; si cui luxurioso propterea ab propinquis curatum sit bonis interdici, ne testamentum facere aut mutare possit, ejusmodi interdictionem, ut in fraudem juris factam, bonisque moribus contrariam, nullo modo infringere testandi libertatem.

SCHOLIUM.

De hoc tamen non immerito dubitare liceret, arg. l. 11. vers. Praetor. ff. de J. et J. l. 207. de R. J. *Conf. Strauch.* IX. 8. ibique notata pag. 106. *et in formato a Sande casu aliae insuper adsunt* circumstantiae.

RESPONSIO.

Sandius adducit duas rationes ex facto, utramque a nobis heic collocatam. In ultima, quae Scholiastae displicet, fundat inprimis decisionem. Alteram, quae a nobis priore loco posita est, addit quidem: Sed eam minime tamen validam esse, mox ostendemus. De ea, quam Scholiastes notat ratione, nihil dubitandum videtur. Textus ab eo allegati nihil habent, nisi rem judicatam pro veritate, consequenter prodigum declaratum pro tali semper habendum.

(d) *Pos.* 8, 9. *et* 10.

Atqui legibus et sententiis nihil derogat qui sic ait; eos, qui in fraudem legum et sententiarum agunt, earum fructu non gaudere; judicis esse cavere, ne malitiis indulgentur. Si fraus Senatus adhibita sit consulto, cessare SC. docet Ulpianus in l. 7. §. 3. ff. ad SC. Macedon. *Quo minus id decreto prodigi declarati applicetur, nihil obstare potest.*

N. Addit.

Ea quae in fraudem legum et sententiarum fiunt, item SCtorum, parum apte huc applicantur: Talia enim praesupponunt existentiam legum, sententiarum, SCtorum. l. 29. 30. ff. de LL. *At fraus, de qua loquitur Autor, praecedit sententiam, nec propterea eam ipso jure reddit irritam, cum Praetor etiam inique jus dicens, jus tamen dicere praedicetur.* l. 11. ff. de J. et J. *Deinde petitur id quod est in principio quaestionis, cum supponitur, quasi propinqui, qui luxurioso (de hoc enim diserte loquitur Autor in praecedentibus. Aliud forte foret, si homini frugi, per calumniam propinquorum et collusionem cum Judice, bonis fuisset interdictum, ne testamentum faceret) curarunt bonis interdici, ne testamentum faciat, fraudem commiserint. Quid enim fraudis est, conservare mediis legitimis successionem quae a lege debetur? Nec credo, vocasset hoc fraudem Autor, nisi supra cum Grotio docuisset, testamenti factionem esse Juris Naturae et Gentium, quod tamen falsum esse, docui nuper peculiari dissertatione* de origine successionis testamentariae.

Verum Sandius addit rationem *aliam*, ex Novella Leonis Philosophi XXXIX. qui reprehendit veteres, quod acta gesta mortis causa vel inter vivos prodigorum indistincte nulla esse voluerint. Ipse disputat, hujusmodi servandum esse moderamen hac parte, *si quid*, ait, *inutiliter gestum sit, non admittere, in quo vero aliqua utilitas vertitur, id suscipere oportet.* Sic Imperator Philosophus, longe aliter quam antiqui Jurisprudentes, qui jura condiderunt generalia et stabilia, neque pro casuum varietatibus aliter ac aliter usurpanda; ne quidem, etsi ratio juris introducti in certis casibus evidenter cessaret. Ecce; Impuberes non possunt facere testamentum, *quia nullum eorum animi judicium est.* §. 1. *h. t. Inst.* Detur impubes qui multo solertior sit quam alius pubes, non poterit tamen facere testamentum. *Minorum bona non possunt alienari*, nisi ex causa aeris alieni aliave praecise necessaria, *l.* 22. *C. de admin. tut.* lata haec lex est in eorum utilitatem. Quid si detur occasio vendendi res minoris cum utilitate insigni, valetne alienatio? Non valet, ut Sandius ex sententia Curiae recte disserit in *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 14. idque religiose in Senatu et absciisse servatur. Ratio, quia eum semel ita receptum est, ut prohibitiones ejusmodi cessent, ubi cessat ratio in his aut illis casibus, nihil certi juris habemus, sed totum a judicum arbitrio pendet. Verissimum in his omnibus est illud Taciti, quod legi applico: Omnis lex *habet aliquid ex iniquo, quod utilitate publica singulos rependitur.* Sufficit, legem in universum Reipublicae esse utilem; si quando certis in casibus durior videatur, id utilitate constantis observantiae superatur. Videndum, ne non idem de alienationibus prodigorum per testamenta vel contractus (de utrisque Leo disserit,) eventurum sit; valeant, ait ille, si bene utiliterque; non valeant, ubi secus consultum fuerit. Standum potius Jure Civili, quod rectum et aequabile est in universum, etsi casibus aliquando singularibus observatio legis durior videatur.

4. (e) Probibitio propter corporis vitium pertinet ad surdos, mutos, et caecos. De surdis et mutis sunt textus *in* §. 3. *h. et l.* 10. *C. qui test. fac. poss.* quorum summa huc redit: posse mutum, surdum testari, si voluntatem suam declarare valeant; mutum, si scribere, surdum, si loqui potest, tum hunc nuncupativum, illum etiam scriptum condere posse testamentum; Quin etiam mutum surdumque simul, eamdem habere potestatem. Quod per se intelligitur, non posse de alio quam de eo, cui sinistro casu audiendi loquendi facultas ablata est, accipi; Nam cui a primis natalibus occlusae fuerunt aures, hunc necessario et mutum esse, aut saltem ἀσήμως sive ἀνάρθρῳ φωνῇ, *voce inarticulata* loqui, ratio flagitat, quicquid Justinianus in *d. l.* 10. cum Celso philosophetur. Potius enim Plinio in hoc genere crediderim *lib.* 10. *c.* 69. quam Justiniano affirmanti, neminem reperiri adeo nihil exaudientem, quin percipere possit, quod alius *supra cerebrum* ipsius loquatur, qua de re videatur tamen Menagius *amaen. jur. cap.* 27. qui id exemplis quibusdam confirmat. Ipse alioqui hominem vidi a nativitate surdum penitus, ut ferebant, qui amicos et res necessarias nominibus suis appellaret, multaque verba imitari posset cum perspicuo intellectu, idque ea solo motu labiorum, quem in aliis animadvertisset.

5. (f) Mutis porro surdisque subjunguntur caeci, quos Paulus *lib.* 3. *sentent. tit.* 4. §.

(e) *Pos.* 11. (f) *Pos.* 12.

4. *Testamentum*, ait, *facere posse*, *quia accire possunt adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes.* Sed Justinus ad impediendas fraudes, quarum maxime apud coecos copia, formam testandi peculiarem illis praescripsit in *l.* 8. *C. qui test. fac. poss.* qua primo cavetur, Testatorem coecum voluntatem suam nuncupare debere, tum praeter septem testes adhibere tabularium, qui dictatam voluntatem calamo exeipiat, vel si tabularii copia haberi nequeat, octavum vocare testem; qui id loco tabularii praestet, omnesque deinde subscribant et signa sua apponant. Qua in re notandum, ex praecepto Legis Testamentum ita fieri nuncupativum et sine scriptis; necessarium tamen esse, ut scribetur eique subscribatur: Unde colligimus; non quicquid ad necessitatem alicujus rei pertinet, etiam pertinere ad essentiam: cum enim testamentum illud sit nuncupativum, fieri nequit, ut solemnitas scripturae, quae est propria speciei contrariae, alteri oppositae speciei sit essentialis. Est tamen, ut e textu apparet, omnino necessaria. Caeterum, potest etiam coecus, testamenti instar scripti condere, hac ratione; ut voluntatem suam dictet amico, dein testes convocet cum tabulario: qui scriptam voluntatem in praesentia testium ac testatoris praelegat, dein Testator declaret, se vere ista et ex animi sui sententia disposuisse, tum testes roget, qui deinde cum tabulario subscribant et signent: mysticum vero, id est, occultum testibus, non potest coecus condere testamentum. *d. l.* 7.

6. (g) Quarta prohibitionis causa est Improbitas, per quam primo testari vetantur omnes capitis damnati, quia, ut inquit Gajus in *l.* 8. §. *ult. D. qui test. fac. poss. Libertatem perdunt bonaque eorum publicantur*; *unde apparet, amittere eos testamenti factionem.* Atqui cum hodie capitis damnati libertatem retineant, quia servitus poenae sublata est, *Nov.* 22. c. 8. ut et sublata est publicatio bonorum, *Nov.* 134. *c. ult.* inde consequi putat Wesenbecius, *paratit. d. t. n.* 13. quod jure novo capitis damnati testamenta condere possint, quia cessent perspicue rationes, quibus olim effectum fuit, ut testamenti factione excluderentur. *d. l.* 8. §. *ult.* Sed etsi publicatio bonorum improbata et abrogata sit, damnatis tamen dispositio de illis minime concessa fuit, sed lex bona defert propinquis lineae rectae, quibus deficientibus adhuc publicatio sequitur, *d. Nov.* 134. *C. ult. in fine.* Ideoque magis est, ut jus vetus hac parte mutatum non videatur. Idque probat Carpzovius *part.* 3. *Qu. Crim.* 35. *n.* 19. *et seqq.* etsi de moribus aliter fere servari tradit.

SCHOLIUM.

Imo videtur esse mutatum, non tam ob rationem Nov. 134. c. ult. *quam ob rationem* Nov. 22. c. 8. *vid. Wesenb.* in Paratit. Qui testam. fac. poss. n. 13. *ibique Hahn. Cui sententiae favet et Praxis morum nostrorum, et inprimis juris Saxonici.* Wesenb. d. l.

RESPONSIO.

Ratio servitutis poenae et publicationis bonorum, utraque in solidum, faciebat olim, ne damnatis testamentum facere liceret. Igitur, quando altera ex iis ratio superest, manet prohibitio. Scholiastes ipse fatetur, Rationem, quae est a Publicatione bonorum, hac parte non esse sublatam. Ergo illa sufficit ad prohibitionem sustentandam.

N. ADDIT.

Fateor me aberrasse a vero in Scholio, et jam Autori consentio. Nam Novella 134. *derogat hac parte* Novellae 22. *Et notum est Justinianum in materia successionum mire variasse.*

Deinde improbitatis causa prohibentur intestabiles, de quibus jam diximus. Postremo, qui incestis se nuptiis funestarunt extraneos heredes instituere nequeunt. *l.* 6. *et Auth. incestas. C. de incest. et inut. nupt.*

(g) *Pos.* 14. *et* 15.

TIT. XIII.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

I. Quid exheredatio. II. Paeteritio filiif. quem habeat effectum. III. Requisita exheredationis. IV. Posthumi quid habeant juris. V. Quid quasi posthumi. VI. Quid emancipati et adoptivi. VII. Quid novi juris introductum. VIII. Militaris testamenti hac parte licentia. IX. Justae causae exheredationis. X. Graviores similesque causas ejusdem generis admitti. XI. Removentur argumenta in contrarium. XII. Omissionem causae non facere nullitatem. XIII. Respondetur ad objectiones.

(a) *Inter caetera, quae ad ordinanda Testamenta necessario desiderantur, principale jus est, de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis*, *l.* 30. *de lib. et posth.* adeo ut heredis institutio sit basis, caput ac fundamentum testamenti *. 34. *Inst. de Leg.* Hanc docendi causa distinguere licet in voluntariam et necessariam. Voluntaria fit eorum heredum, qui pro lubitu institui, vel exheredari possunt. Necessaria ad eos pertinet, quos testator instituere cogitur, nisi justam exheredandi causam habeat; *pr. h. t. l.* '. *ff. de injust. rupt. irrit.* tales autem proprie sunt liberi in potestate testatoris constituti jure civili; et emancipati quoque jure Praetorio. *d. pr. et* §. 3. *instit. h. t.* Quia autem in heredis institutione primum praecipuumque caput est, quod ad liberos testatoris pertinet, ideo de his instituendis vel exheredandis, tam in Pandectis, quam in Institutionibus primo loco agitur; et quidem haec inscriptio, de *exheredandis* dumtaxat meminit; quoniam institutio tam extraneis quam suis heredibus communis est, exheredatio autem proprie de solis liberis, et quidem suis, usurpatur, quemadmodum emancipatio. *l.* 132. *ff. de V. O.* Extranei non dicuntur exheredari, nisi cum prius instituti, postea a successione submoventur, ut in *l.* 27. *ff. ad L. Falcid.* Locum igitur exheredatio duntaxat habet in his, qui necessario instituendi vel exheredandi sunt, atque ita Exheredatio est Exclusio ab hereditate lege *data*: Nam *suis*, id est, *qui defuncto proximi atque in ejus potestate sunt*, ipsa lege datur immediate hereditas, reliquis tantum defertur, §. 2. *Inst. de hered. qualit.* quanquam latius et abusive Exheredatio pro omni exclusione ab hereditate, alioqui lege competente, sumi possit ac soleat.

2. (b) Filiifamilias igitur necessario instituendi vel exheredandi sunt. Nam si lentio si praetereantur, testamentum adeo totum et ipso jure nullum est, ut nec legata, nec fideicommissa, nec libertates exinde valeant; * nisi filius ultro in paterna voluntate adquiescat, ejusque bonis abstineat; tunc enim dispositio, licet subtilitate juris invalida, ex bono et aequo sustinetur, *l.* 17. *ff. de injusto rupt. irrit. et l.* 4. *C. de lib. praet.* etiamsi filius ante patrem decesserit e vivis, *pr. h. t. l* 7. *ff. de lib. et posth.* imo licet renunciaverit hereditati patris viventis, legitimaque ab illo accepta contentum se fore promiserit. per *l.* 35. §. 1. *C. de inoff. testam.* Sed Irnerius Constitutioni *l. ult. C. de lib. praeter.* subjecit excerptum authenticum ex *Nov.* 115. *c.* 3. quo juri veteri ex parte derogatum videtur. *Ex causa exheredationis*, inquit, *vel praeteritionis, irritum est Testamentum, quantum ad institutiones. Caetera namque firma permanent.* Verum, si conferatur hic locus cum ipsa Constitutione unde sumptus est, patebit, eum de tali praeteritione accipiendum, quae pro exheredatione habetur, facta scilicet a matre vel avo materno. §. *ult. h. t.* Imperator enim tota ista *Nov.* 115. *c.* 3. docet, quomodo testamentum per querelam inofficiosi expugnetur, quam certum est, filio a patre praeterito, nequaquam dari, ut notissimum, et probabitur *infra ad tit. de inoff. testam.* Indicat *in princ. d. cap.* 3. velle se aliquid prohibere, quod olim erat permissum. Atqui praeteritio patris olim aeque illicita erat ac hodie: sed matris avique materni praeteritio, sine expressione causae valebat, dum querela rescinderetur. *d.* §. *ult.* Hanc igitur cohibere, at de illa nihil sancire voluit. Consilium ipsi fuit, liberis prospicere adversus morositatem parentum:

(a) *Pos.* 1. 2. 5. *et* 6. (b) *Pos.* 3. 4.

(*) Jure Saxonico Electorali, testamentum hujusmodi, in quo Pater filium nec instituit, nec exheredavit, tantum quoad institutionem nullitatis vitio laborat, legata autem et fideicommissa in eo relicta sustinentur, et ab heredibus ab intestato ad successionem pervenientibus praestanda sunt, *P.* 3. *Const. El.* 9. ibique Carpz. *Def.* 3. Eadem Constitutione Matris quoque et Maternorum Ascendentium praeteritio non pro exheredatione habetur, ut jure Romano, v. §. 7. *I. h. t.* sed salvis legatis ac fideicommissis, etiam talis dispositio nullitatis vitio laborare censetur, conf. Carpz. *L.* 6. *Resp.* 10. *n.* 3.

non contra, effectum aliquem tribuere ipsorum praeteritioni, ut dissentientes volunt. Autores hujus sententiae sunt Alciatus 4. *parerg.* 10. et Cujac. *ad Nov.* 18. aliique Diss. Dd. communiter et Bronchorstius *cent.* 3. *assert.* 29. qui per *d. Autent. Ex causa.* mutatum esse jus vetus opinantur, quod nullo modo statuendum est.

Scholium.

Ego vero mutatum esse statuo. Autoris quippe opinio eo fundamento nititur, quod in d. N. 115. C. 3. *agatur de testamento ope querelae inofficiosi rescindendo, cum tamen agatur de testamento ipso jure nullo, sicut mox dicetur.* Conf. Not. ad Strauch. IX. 15. p. 108.

Responsio.

Apparet, inde quaesiti pendere summam, utrum in C. 3. d. N. 115. *agatur de testamento ipso jure nullo, an, quod per querelam sit rescindendum, quod nos tenemus: idque sub finem hujus tit. comprobabimus, quo lectorem remittimus.*

N. Addit.

Quod circa hanc quaestionem Dd. ita frequenter dissentiant, ita ut communis opinio repugnet communi opinioni, in causa est, quod Tribonianus, vel qui fuit minister Justiniani in conscribendis Novellis, ea laboraverit imbecillitate ingenii, ut non potuerit sensa animi breviter et dilucide proponere, sed ubique fere in verbis prolixus sit et multa otiosa ac inania verba adhibeat, in sententia vero sit obscurus, ut nescias quid voluerit, aut ut facile in utramque quaestionis partem suppeditet argumenta. Ita et in praesente quaestione contigit. Pro querela nullitatis faciunt verba initialia: non licere penitus *patri, vel matri etc. liberos praeterire aut exheredes facere testamento, nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas* nominatim *ingratitudinis causas parentes suo* inseruerint *testamento. Ex his verbis, si sola fuissent posita, quilibet facile intelligit, quod Imperator* formae *exheredandi pristinae, aliquid addere diserte voluerit et licentiam pristinam firmiter etiam exheredandi restringere; unde sequitur si quid contra factum fuerit, querelam nullitatis locum habere. Sed cum in verbis sequentibus postea verbum* evacuationis *mistis casibus adhibuerit Imperator, hac voce arrepta Dd. in aliam plane sententiam abierunt, putantes, querela inofficiosi impugnandum esse testamentum. Qui dissensus non est de inani conceptu formulae, sed in re ipsa etiam diversos effectus sortitur, quos exponit Autor* hic n. 14. *Jam videndum, quid utraque sententia utrique respondeat. Autor priori respondet* initio d. n. 4. *exheredationem non debita forma factam, pro praeteritione haberi, non esse axioma universale, sed valere saltem de forma exheredationis secundum Jus antiquum. Quod quidem miror, Viro tanti Judicii excidisse, quasi nimirum forma novi juris desinat esse forma. Desinit autem, si potest adesse vel abesse sine laesione negotii, cujus forma est. Igitur haud dubie Dd. sententiae prioris, hanc distinctionem Autoris inter formam, a qua essentia et subsistentia rei dependet, et a qua non dependet, non agnoscent, sed eum ad scholas Metaphysicorum remittent. Deinde dicit Autor; si explicatio prior obtineret, fieret nimis magna strages juris antiqui, sublata bonorum possessione contra tabulas, differentia suorum et emancipatorum quoad institutionem, sublatis item maxima parte titulis* ff. C. et Inst. de inofficioso testamento *et similibus. Quod profecto nimis gravis sit praejudicii, si statuamus, Justinianum, qui nunquam jus vetus, nisi cum multa praefatione et ostentatione prudentiae suae, abrogat, tot tamque praecipua juris capita, una consequentia silentioque abolevisse. Sed hoc argumentum saltem pro illustrante, non pro probante habendum est. Ostentationes Justiniani sunt fere in praefationibus Novellarum. Praefationes vero potissimum diriguntur ad materiam, de qua agit capitulum primum. At vero* in Nov. 115. *prioribus duobus capitulis de plane diversa materia agitur, nempe de appellationibus et aliis capitibus ad processum pertinentibus. His, nescio quo fato, emendatio de querela inofficiosi fuit adjuncta. Forte etiam occasio talis emendandi fuit, quae non praebuit magnam ostentationis causam. Jam enim alii notarunt et ostendunt ipsae leges Justiniani, quam turpiter inconstans fuerit in ferendis et mutandis legibus, testamentarias successiones et legitimas respicientibus. Deinde ista objectio Huberi ferit pariter ipsius sententiam ac nostram. Nam Jus antiquum pariter magnam stragem patitur eodem modo, etiamsi in istis casibus detur querela inofficiosi. Qui vero priorem sententiam defendunt, illi respondent ad verbum* evacuandi, *id sumi in sensu laxiori, ut correspondeat etiam querelae inofficiosi.* Vide Scholium infra ad tit. de inoffic. Testam. n. 15. ab autore relatum. *Deinde urgent, si semper, ubi quis*

contra dispositionem Novellae fecerit, daretur querela inofficiosi, nulla esset differentia, an quis secundum, an vero contra Novellam fecerit. Nam et si quis secundum jussum Novellao horedem exheredavorit, inserendo nominatim aliquam ex istis causis 14. *tamen poterit heres legitimus querela inofficiosi uti, eum in finem, ut heres probare debeat illam causam. Si ergo quis causam exheredationis non inseruerit, et heres legitimus instituat quorelam inofficiosi, at heres scriptus probet aliquam ex* 14. *causis subesse, tum sane non obtinere possit actor, qui obtinuisset, si instituisset quaerelam nullitatis. Adeoque verba Imperatoris do inserenda nominatim causa, nullum haberent effectum, sed frustra essent posita et impune possent negligi. Mihi quidem ista ratio fortissima videtur. Sed aliter visum Autori, qui* iufr. n. 13. *respondet, ostendendo rationem disparitatis inter querelam inofficiosi prioris et posterioris generis. Cum enim causa exprimitur, dicit, heres ad probandum eam causam ndmittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum exclusione exheredati. Sed omissa causa, exheredatus querelam necessario obtinebit, ejusquo praesidio testamentum oppugnabit. Hic dissentientes rem ipsam quidem concedent in posteriori casu, si videlicet querelam nullitatis instituas, negabunt vero, istam assertionem admitti posso, supposito, quod eo casu querela inofficiosi fuerit instituta. Fundat se querela inofficiosi, quanta est, in iniquitate testatoris, quod videlicet contra regulas aequitatis et pietatis, sine justa causa actorem exheredaverit aut praeterierit.* pr. inst. de inoff. testam. *Jam ponamus: Testator post Novellam* 115. *exheredavit filium, non npponendo causam Filius querelam instituens non potorit aliter conqueri, quam quod Pater* inique et sine justa causa *exheredaverit. Igitur quaestio est inter actorem et reum, an ea actoris assertio sit vera. Et nulla adeo ratio subest, quae reum excludat a probatione, quod justa causa exheredandi, nimirum aliqua ex illis* 14. *subfuerit. Quod si urgeas, ita formulam agendi in hoc easu non debere concipi, sed hoc modo. Pator me injuste exheredavit, quia nullam causam adscripsit: Et sic heredem ad probationem causao non admitti, quia hic sit saltem in questiono, an pater scrips rit, vel non, quod evidentia testamenti ostendat. Contra haud dubie respondebunt dissentientes, formulam hoc modo formatam, non pertinero ad querelam inofficiosi testamenti, sed ad querelam nullitatis. Neque enim ullam subesse iniquitatem, quod pater causam non adscripserit, quamvis ita recte dicatur* injuste *exheredasso, quatenus injuste denotat id, quod* non solemne *et ita* nullum *est. Jam uti cuilibet liberum relinquo eligendi sententiam ex istis duabus quam voluerit, ita non diffiteor, si res ex meo definienda foret ingenio, mihi adhuc placere priorem sententiam prao contraria Autoris.*

Caeterum, jure Praetorio non esse per se nullum id testamentum, in quo filiusfam. est praeteritus, dixi *ad tit. de Testam. ordin.* et probatur, quia dat bonorum possessionem contra tabulas filiofam. praeterito, periode ac emancipato, §. 12. *I. de herod.* quae *ab intest.* quod fieri non posset, si tabulas pro nullis haberet. Quanquam tamen absolute illas non probat, quia scriptis heredibus non dat possessionem secundum tabulas, nisi cum certum est filium jure suo non usurum. *l.* 2. *pr. ff. de bon. poss. sec. tab.* Quin otiam si filius malit uti b. possessione *Unde liberi*, ab intestato, hanc quoque concedit, *l.* 1. §. *ult. ff. si tab. test. ext.* rei veritate potius et eventu, quam specie tabularum considerata. Unde liquet, praecipuo respectu tabulas a Praetore quasi pro nullis haberi, quia non secundum eas, sed ab intestato dat b. p. Agnoscit autem tabulas pro tabulis, non ut effectum vel minimum habeat, sed ut filiisfam. praeteritis remedium jurisdictionis suao illis accomodet.

3. (e) Exheredatio ut rite fiat, desideratur *in hoc princ.* I. ut nominatim filius exheredetur; nam filiam necesse non erat proprio nomine demonstrari, sed *inter caeteros* sub generali exclusione comprehendi poterat. *d. princ. l.* 1. 2. 3. *D. h. t.* II. Pure, non sub conditione. *l.* 3. §. 1. *eod.* Ratio utriusque est in *l.* 18. *p. ff. de bon. poss. contra tab.* quia liberi certo parentum judicio exheredari debent: certum autem non est, quod a conditione suspenditur, aut locutione circumducta significatur. Tertio, debet fieri exheredatio a tota hereditate, non ab re certa, veluti a fundo, *l.* 19. *ff. de lib. et post.* tametsi institutio ex re certa jure fieri possit, ut infra videbimus et in ipsa *l.* 19. memoratur. Quin etiam, si legatum filio Pater reliquerit, eumque a reliqua hereditate exclu serit, non valere exheredationem, Paulus ex sententia Scaevolae respondit in *d. l.* 19. *ff. de lib. et posth.* nisi legatum illud acceperit atque agnoverit filiusfam. *l.* 10. §. 1. et *l.* 12. *pr. ff. de inoff.* aut legatum quartam legitimam

(e) *Pos.* 7.

exsequet, §. *ult. instit. de inoff.* quomode possnet, ut videtur, conciliari *d. l.* 19. *et d. l.* 10. §. 1. *l.* 12. *pr. ff. de inoff. test.* Subtilius et ferte rectius ita patest diei; non valere legatum, que exheredatin leniatur et limitetur ad eamque se referat seersim ab exheredatinne legatum, ut cuivis extranen relictem, qua minus valeat, nihil obstare videtur. Quarto requiritur, ut exheredatio fiat ab omnibus heredibus, non e eerta persona. Quinte, *ab omni gradu*, nen a solis institutis, sed etiam a substitutis, hec mede: *Uxor heres esto, Cajus filius exheres esto, Si uxor heres non sit; Titius horos esto, Cajus Filius exheres esto. l.* 3. §. 2. 3. 6. *de lib. et posth. et l.* 8. §. 3. *ff. do bon. poss. cont. tab.* Qued si ab uno tantum heredo filium exheredaverit, institutio tota vitiatur, veluti: *Titius, filio Cnjo exeluso, heres esto. Maevius heres esto, Lucius, Sempronius heredes sunto. d. l.* 8. §. 3. Qued si a prime gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit (veluti, *Titius hores esto, si Titius heres non sit, Maevius, filio meo oxcluso, heres esto*) primus tantum gradus vitiatur et substitutus fit statim heres. *d. l.* 3. §. *ult. ff. de lib. et posth. et l.* 43. §. 2. *ff. de vulg. et pup. Substit.* Sed media inter utrumque gradum exheredatio ad utrumque porrigitur, *d. l.* 3. §. 4. item, quae facta est ante primam vel post ultimam institutionem, pertinet ad emnes. §. 3. *d. l.* 3. Harum trium requisiterum ratio non multum abludit ab ee, quae in doabus prieribus fuit, quod exheredatie eeu eisi certe parentum judicio, pleneque et determinato fieri debeat eensilio, ut pater filium quasi morte dignum judicet, idquo sino *remorsu*, cujus indicium esse videtur, si non plene planeque eum excludat, sed, ostie clause, fenostram rursus aperiat.

4. (d) Debet etiam juste fieri exheredatie, heo est, ob aliquam ingratitudinis causam Legibus expressam, de quibus paulo ieferius agetur. Sed in posthumis doctriea praeteritienis paule aliter sese habet. Sunt autem Postbumi (petius postumi) proprie, qui post obitum Patris sui nascuntur; at in §. 2. generaliter, qui post factum testamentum, sui heredes testatori adnascuntur, qui etiam institui debent, vel rite exheredari, scilicet pure, ab emni hereditate, et *nominatim*, si masculus nascatur; nam si femella, exheredatie ieter caeteros facta valebat, modo aliquid iis legaretur, ne per oblivionem praeteritae viderentur. *hoc* §. 1. Praeteritio autem postumi nen facit testamentum ipse jure nullum, ut a principio non valeat; sed ante oativitatem jure factum ceesetur, *l.* 3. §. 3. *ff. de injusto rupto*; et demum agnatiene posthumi rumpitur, atque *ea ratione totum infirmatur*, ait Imper. *d.* §. 1. Unde patet neque legata nee fideicommissa ex en deberi, quod per *Nov.* 115. nen magis esse abrogatum, quam medo praeteritieeem filiorumfam. ex ratieelbos ante productis apparet etsi dissentiat Pacius *ad hunc* §. Accursius et alii, qeos seqnitur nevissime D. Wissenbach. *ad tit. D. de ventr. in poss. mitt.* etiam *Scholiastes* eoster *ad pos.* 10. *h. t.* Jure veteri memeraet posthumos et infantes potuisse exheredari, jure nove pesse eequaquam, utpote quibus nulla conveniat causa ingratitudinis. Sed verius et utilius, hac parte mieus inter jus vetus et novum, quam illis videatur, discriminis reperiri. Nam jure veteri non apparet, filios de quibus probari posset, quod satis erga pareetes afficiosi fuissent, eum effectu potuisse exheredari, its ut a bonis paternis penitus excludoreotur, sed tentum hoc sensu, quod testamentum ie quo puer vel posthumus exheredaretur, immediata vi legis nen esset nullum, neque sola oativitate rumperetur, sed initie valeret, donec per querelam expugnaretur. §. 2. *in fin. Inst. de inoff. testam.* qued aliter jure eovissimo obtinere, nulla ratione loceve animadvertimus; nusquam enim traditur testamentum, in que posthomus sit exheredatus, esse nullum, vel agnatione rumpi, sed per querelam rescindi. *N.* 115. *c.* 3. Saltem hoc ieterest hodie, quod, cum olim causae pro arbitrie coetumvirorum probari vel improbari possent, nunc Imperator certum earum numerum praescripserit, quorum canone jodices obstringerentur. Sed aliquas olim causas Patrem habere debuisse, probatur ex *l.* 7. *pr. ff. de bon. damn.* ubi, *eertis de eausis*, vel potius, ut babet lectie Florentina, *meritis de causis.* Nam si probare posseet liberi, *quod obsequium debitum jugiter parentibus adhibuissent*, adeoque *immerentes* se fuisse exclusos, per querelam hereditate potiobaetur, *l.* 5. *D. et l.* 28. *C. de inoff.* duntaxat fuere causae, quibus, salva pietate, Parentem moveri consentaneum fuit, velut si filium alionde locupletem iu gratiam liberorum egentium exheredem scribat. Matri quoque videtur fuisse permissum, ut odie mariti filium ex ee susceptum Patri qussi relinquere et a successiene removere posset, qued ut iniquum prohibuit Jostinianus in *l.* 33. §. 1. *C. de inof. test.* Adde Vinnium *Comm. ad d.* §. 2.

5. (e) Haec non mede de posthumis stricte ita dictis, qui post *humatum* patrem sunt nati, sed de omnibus, *qui post testamentum factum jus suorum horedum consocuti sunt*, intelligenda fueriet: sic enim si tu posthumos definieris,

(d) *Pos.* 8. 9. 10. (e) *Pos.* 11.

omnes eorum species, quae variae ex variis legum capitibus fuere, perspicue complecteris. Sunt autem vere, vel quasi *post nati*. Vere, post *mortem testatosis*, vel eo vivo *post* factum *Testamentum*, tam filii quam nepotes. *Quasi post nati*, sunt Nepotes, qui vivo eo, vel ante vel post factum testamentum nati ex filiofam. mortuo vel emancipato Patre, avo in locum proximum, ac ita *sui* heredes evaserunt; de quibus paulo agetur distinctius *ad h. t. ff.* Veri posthumi agnascendo, sicut intelleximus, rumpunt testamentum. Quasi tales idem *quasi* agnascendo *rumpere* dicuntur; et sic ad imitamentum verae agnationis atque ruptionis, jura, quae de posthumis veris praediesvimus, huc ἀπὸ κοινοῦ transferuntur.

6. (f) Instituendi igitur vel exheredandi necessitas, in suis duntaxat heredibus obtinebat, id est proximis gradu et in potestate constitutis. Emancipati, qui de familia exierant, quemadmodum Lege XII. Tab. non vocabantur ad successionem ab intestato, ita nec necesse erat comprehendi, sed ut extranei impune praeteriri poterant. §. 3. *h. t.* Verum Praetor sicut in eorum gratiam bonorum possessiones intestati Edicto introduxit, ita etiam Testamento facto succurrere illis voluit; eo modo, ut si liberi emancipati utriusque sexus praeteriti fuerint, babeant bonorum possessionem contra tabulas, * *d.* §. 3. *in f.* per quam, inquit Theophilus, filii et nepotes totam hereditatem, filiae neptesve tantumdem consequuntur, ac filiae praeteritae jure civili titulo accrescendi habebant, per quem suis heredibus auferebant portionem virilem, extraneis semissem, teste Ulpian. *tit.* 22. §. 17. quod est intelligendum de Constitutione Antonini Magni, id est Marci philosophi, opinor, nam olim filia per *contra tabulas* totum rescindebat, si fides Justiniano in *l.* 4. *C. de lib. praet.* (g) Liberi vero adoptivi, paris jure Civili conditionis erant cum Naturalibus, adeo ut silentio praeteriti Testamentum dicerent nullum. Sed emancipatis a patre adoptivo, nec jure Civili nec Praetorio ullum dabatur remedium contra ejus praeteritionem, quia soluto per emancipationem vinculo adoptionis, nulla supererat aequitas naturae et sanguinis, qua Praetor ad suum subsidium accommodandum impelleretur. Verumtamen in bona Patris naturalis idem jus ei beneficio Praetoris supererat, quod reliquis liberis emancipatis; si modo Pater ejus naturalis, emancipatione, eveniente, adhuc in vivis foret; illo enim extincto bonisque pridem divisis, ne quidem ad naturalis parentis bona supererat regressus; quod ut emendaret Justinianus, filio ab extraneo adoptato omnia jura integra servavit in successione Patris naturalis, *l.* 10. *C. de Adopt.* qua de re dictum supra *ad* §. 2. *de Adopt. ad pos.* 3.

7. (h) Praerogativa marium prae feminis, ut modo audivimus, jure antiquo eximia fuit. Sed Justinianus simplicitati naturae convenientius putavit, utrumque sexum eodem jure censeri. Ideo constituit, ut filia, si non esset nominatim exheredata, perinde ac filius, pro praeterita habeatur, cum olim jus accrescendi habuerit: Dein, ut filia praeterita gaudeat eodem jure quo filius, nempe Sua testamentum dicat nullum, emancipata bonorum possessionem contra tabulas habeat, prout latius explicatur in *d. l.* 4. *C. de lib. praet. et* §. 5. *h. t.* Discrimen autem inter suos et emancipatos, quo illi de nullitate, hi bonorum possessione contra tabulas agunt, nec in ista *l.* 4. nec alibi usquam abrogatur. Atqui in *d.* §. 5. sunt verba, quae si praecise a caeteris intuearis, id inferre videntur; *ut omnes, sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, et eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda*, quasi nulla prorsus inter eos differentia supersit. Sed ex praecedentibus et consequentibus satis liquet, hunc esse sensum, omne discrimen sexus sublatum esse inter omnes, *sive sui sive emancipati etc.* (i) Circa adoptivos quid jure novo constitutum sit, docetur *in eod.* §. 5. *in fin.* ubi se refert Imperator ad distinctionem alibi memoratam, adoptatos scilicet ab extraneo posse impune praeteriri, sed ab aliquo in adscendenti gradu praeteritos, testamentum dicere nullum. §. 14. *I. de Heredit. ab intest.*

8. (k) Necessitas illa instituendi nominatim vel exheredandi liberos, ut omnia fere testamentorum requisita, a militibus haud perinde exigitur. Nam ut eorum testamenta per querelam inofficiosi non rescinduntur, *l.* 27. §. 2. *ff. de inoff.* nec ob defectum solemnitatum vitiantur, ita Militum testamenta ne quidem ob praeteritionem liberorum qui in potestate sunt valere desinunt, modo testatores non nesciverint se habere filios. Nam si constet hoc eos ignorasse, vel quod uterum gestare uxorem non senserint, vel falso de morte inaudierint, nihil valere testamentum, docent Impp. in *l.* 9. *et seqq. C. de Testament. mil.* at si de vita filiorum certi, tamen eos silentio omiserint; perinde habetur

(f) *Pos.* 12. (g) *Pos.* 13. (h) *Pos.* 15. 16. (i) *Pos.* 14. (k) *Pos.* 17.

* Jure Saxonico etiam hoc casu, quo liberi emancipati sunt praeteriti, testamentum erit nullum. *C. El.* 9. *P.* 3. quae generali hic liberorum et parentum appellatione etiam emancipatos comprehendit.

ac si diserte exheredassent, §. 6. *h. t. l.* 12. *pr. ff. de bon. libert.* et eum militaria testamenta querelae inofficiosi subjecta non sint, per *d. l.* 27. §. 2. sequitur, liberis nullum superesse remedium, quo peternam hereditatom, lieot optime meriti, nee quidem quo legitimam vindieent, eujus satis constat exheredatis minimo dari petitionem; quanquam et eredi par est, rarissime fieri, ut liberi a parentibus immerito exhoredentur. (l) Porro non militum modo, sod etiam matris avique, seu seiverint sivo ignoraverint se habere liberos, *l.* 27. §. 1. *et l. seq. ff. de inoff. testam.* et omnium qui extraneos heredes babent praeteritio, vim habot exheredationis, quia necessitsa instituendi nominatim vel exheredandi, de solis, ut dietum, suis heredibus intelligitur. Ideoquo praeteriti ab his, movent querelam inafficiosi, quae competit exheredatis, §. *ult. h. t.* quod infra latins docetur.

9. (m) Exheredatio etiam *juste* fieri debet: Ad justitiam vero quid roquiratur, olim erat in arbitrio Centumvirorum, teste Val. Max. *lib.* 7. *cap.* 7. Quintil. *l.* 4 *cap.* 7. Plinio 4. *epist.* 8. Sed Justiniano minus e republ. visum fuit, rem taoti momenti esse arbitrariam, qui pro inde Canonem certarum causarum eondidit, quibus tam judiees quam testatores adstringerentur. Et quidem Parentibus praescriptae aunt causao quatuordecim, relatae *in cap.* 3. *Nov.* 115. propter quas liberos ab omni hereditate excludere possunt. Earum pleraeque spectant personam Parentis direete, quaedam honorem ejus indirecto laedunt. Pleraeque filiis et filiabus communes aunt, quaedam speciales. Communes sunt hae: I. Si quis parentibus suis gravem injuriam fecerit, *βαρεῖαν καὶ ἀπρεπῆ*. ait Justinianus *in* §. 2. *d. cap.* 3. II. Si manus iis intulorit. III. Si vitae insidiatus sit. IV. Si per delatiooem Parenti gravo damoum incusserit. V. Si *cum maleficis hominibus ut maleficus versetur*, ubi per *maleficos* intellige, non malos, sed *veneficos*, ut io *tit. Cod. de malef. et mathomat.* Nam in Graeco ost, Ei *μετὰ φαρμακῶν ὡς φαρμακὸς συναναστρέφεται* VI. Si testari prohibuerit. VII. Si furiosum neglexerit. VIII. Si eaptivum non redemerit ab hoate: quibus casibus haereditas ipso jure quoqua aufertur, ut et IX. Si haeretici fuerint; quales pronunciantur §. 14. qui quatuor Synodis Nieeenae, Consteotinop., Ephesinae primae. et Chalcedoneosi non assentiuntur. Speciales filiorum sunt: X. Si patrem criminis, exeepto Majestatis, accusaverint, §. 3. (mulieres enim ab accusatione areentur omnino *l.* 8. *ff. de Accusat.*) XI. Si novercam aut Patris concubinam eorruperint. §. 6. XII. Si mimos parentibus invitis sint seeuti XIII. Si Patrem eareeri inclusum, fidejussoro oblato, non liberaverint, quod filiae non imponitur, quia intercedendi ineapax est. Postremo, si filia minor annis 25. cui Pater dotem et maritum dare volebat, *αἰσχρὸν βίον*, *turpem*, id est, meretriciam *vitam* elegerit. Liberi parentes exheredare possunt octo de eausis. I. Ob aeeusationem eapitalem. II. Propter insidias vitae structas. III. Ob stuprum uxori, vel concubinae illatum. IV. Ob prohibitam testandi facultatem. V. Si pater liberos ab hoste eaptos non redemorit. VI. Si in furore eonstitutos neglexerit. VII. Parentem haereticum filius exeludere potest. VIII. Si venenum Pater uxori, quae et mater filii, aut viceversa mater paraverit marito. *d. Nov.* 115. *c.* 4. Fratri vero adversus fratrem, tres ingratitudinis causae imputentur in *Nov.* 22. *cap.* 47. *in pr.* si aut vitae insidias, aut criminis accusationem, aut bonis jacturam inferre sit ausus.

10. Jam do causis illis exheredandi octo et quatuordecim, affirmat Imperator, quod *ὀνομαστί*, *nominatim* eas comprobaverit, nec alias excogitari permittat. * *in pr. d. c.* 3. Quae tamen verba plarique ita recte interpretantur, ut aperte similes, vel atroeiores in *eodem genere* non excludantur, aed leviores, eut *toto genere diversae*, quaeque non sint liquido graviores. Concedimus, licere Patri filium mimos sequentem exheredare; non licere homieidam et adulterum, quia suot haec diversi generis crimina suisque poenis adficiuntur. Verum, ut in eodem genere sic verba eaptemus, ut extensionem ad similia aperteque graviora praecludamus, non permittit eivilis ratio sapientiae: Nec ullo modo existimandum, ea fuisse mente Justinianum, ut rem absurdissimam sanaeque rationi et humanitati prorsus contrariam statueret: Pareoti scilicet licere filium exheredare certe de causa non valde gravi, verum si multo adversus eum atrocius peccasset filius, idem non licere: Si Patrem eareere clausum filius fidejussione liberare cunctetur, exheredandus erit: at si ipse eum in

(l) *Pos.* 18. (m) *Pos.* 8.

* Decisio Electoralis 52. Novellam 115. prorsus sequitur, ac praeter ibi denominatas nullas alias allegari aut admitti patitur, vid. Phil. *ad d. Dec. obs.* 1. *et in Us. Pr. inst. l.* 2. *Ecl.* 57. Sicuti autem ea, non magis quam Novella, causas atrociores in eodem genere e. g. concubitum cum Matre aut Patre *etc. a Nov.* 115. *c.* 3. §. 6. excludere voluisse videtur, ita nec per eam derogatum fuit Ordin. Matrimoniali *d. an.* 1624. *punct.* 1. quae liberos sine Consensu Parentum nuptias contrahentes a Parentibus usque ad dimidium legitimae, aut in solidum, exheredari permittit. vid. *dicta Lib. I, Tit. X.* §. 9.

carcerem per injuriam compegerit, id non licebit? Si patrem testari prohibuerit, exheredari meretur, si compulerit et coëgerit ad suam libidinem testari, non poterit? Si filius novercam corruperit, fulmine testamentario dignus est, si filia se vitrico substraverit, matri invitae fiet heres? Liberi et parentes haeretici merito exheredantur, a quibus differre certum est ethnos et blasphemos; ergone in hos, qui Deo conviciantur eumque abnegant, idem quod in male sentientes et errantes non licebit? Haec sane aliaque, si Viglius, Connanus, Bronchorstius, Giphanius, Pereaius, aliique verbis Justiniani mordicus inhaerentes urgeant, religio erit illis adsentiri. Si qua inde absurditas, ajunt, haec Legislatori imputanda est; Sed verba non sunt tam violenta, ut nulli mitigationi pateant: Vult emendare licentiam juris antiqui Imperator, quo prorsus arbitrarie causarum dijudicatio erat; ad cohibendum judicem praescripsit Canonem, ex quo haberet quod sequeretur, non tamen ut κωφὸν πρόσωπον, mutus et caecus esset, neque ea arte aequitatis et paritate inevitabili rationis idem jus statueret, ubi par aut major aperte ratio militaret; interpretatio legum semper hoc habet conjunctum, ut apparet ex *l.* 10. *et seqq. ff. de leg. l.* 13. *ff. de Testib. l.* 11. *ff. de Poen.* Certum est tamen, non valere consequentiam ad similia et majora, si toto genere diversa sint; valere cum sunt ejusdem generis et naturae, qualia modo produximus. Secus in aliis; sic gravius est, Filium habere Leonem, quam si mimos sequatur; ob lenocinium tamen exheredari posse filium, licet ob societatem mimorum possit, ex Canone Justiniani haud facile dixerim; ne quidem ob venerem infandam, tametsi omnibus causis atrociorem.

11. Sed ita hodie, opponit Viglius *ad §. ult. h. t. non quatuordecim, sed infinitae prope ac innumerabiles erunt causae.* Atqui si non aliam, quam ad ea quae aperte similia vel graviora, quin et ejusdem generis naturaeque sunt, extensionem statuamus, parvi illud periculum momenti videtur, nisi casus et facta, non genera factorum intelligat, cujusmodi innumerabilia dari posse, neque negamus, neque absurdum est. Dein, *quid opus*, inquit, *enumeratione erat, aut in quo veterum altercatio sublata est: si adhuc alios licet assumere?* Jam responsum est, ut regula Judicibus praescriberetur, quam prius non habebant; regula autem est praeceptum generale, quod uni speciei praecise applicari non potest: Ecce, causarum una est, *si filius gravem injuriam Parenti ingesserit*; an non haec generalis, nonne plures injuriae species complectitur, quarum ab una ad alteram necessario argumentandum? Tertia Viglii objectio; *Imperator queritur, ab antiquis graviores fuisse causas praetermissas.* Jam si extensio ad graviora per se est licita, quid opus erat nominatim a Justiniano graviores memorari? Dicendum, quod Justinianus incuriam veterum reprehendens, exprobrat iis, quod leviores causas proponerent, cum graves ponere deberent, quas subintelligebant: Se autem ut causas vere dignas traderet, levioribus omissis, posuisse pares et dignas. Hoc quippe ineptum ei visum, docere, liberos ob leves causas posse exheredari, nec meminisse graviorum. Quartum Viglii argumentum reliquis acrius et validius videtur, quod habet ad §. *ult. Inst. de Inoff. testam. in fine. Nam si communi opinioni adhaeremus, cur non idem etiam tradimus in iis causis, ob quas frater a querela excluditur? An minus grave est cum fratris conjuge rem habere, quam ipsius facultates diminuere? Quae autem res conjugis amori, quem iste avertit, aequiparari debet? Et tamen ibi tres tantum causas posuit Imperator, liberorumque et fratrum ingratitudinem causarum numero distinxit.* Primo, quod opinionem, quam tuemur, communem Viglius agnoscit, bene habet; Inter causas vero fratris exheredandi et liberorum non parum dici potest interesse; Nam frater testatoris de merito exheredationis disputare non potest, nisi turpis persona heres sit instituta. *l.* 27. *C. de inoff. testam.* Quod si fecerit testator, forte mirandum non erat, strictius exheredationem ejus quam parentum filiorumque censeri; nemo, inquam, mirabitur, fratrem, qui meretricem aliumve hominem instituit infamem, fratre exheredato, minus ad hoc licentiae habere, quam Patrem et Filium erga se invicem, si heredes honestos scribant. Qua in ratione si quis non adquiescat, huic cogitandum, ne nihil absurdi in eo situm videatur, quod etiam in fraternis causis argumentum a pari et a majori obtinere possit.

Una superest ratio, cui occurrere sit operae pretium, petita a frequenti regula, quod in his, in quibus specialis sanctio Legis requiritur, nulla similitudo vel consequentia admittatur. Hinc mandatum meri imperii Lege Julia in casu absentiae permissum, *l.* 1. *ff. de off. ejus cui mand. est. jurisd.* negatur ab Interppr. ad casum morbi trahendum; adde D. Wissenbach. *disp.* 30. *thes.* 17. *part.* 1. *ad Pandect.* Sed causae exheredationis sine dubio ex speciali lege proficiscuntur. Responde distinguendo, utrum lex de casu uno certo et limitato, an de multis ac indefinitis agat, quales hae causae, de quibus loquimur: In priori genere facile omnia consequentia praecidi potest, in posteriori non aeque. Praeterea interesse videtur, utrum Legis sanctio moralibus personarum meritis nitatur, an ratione mere *positiva*: Si hac, tum nihil mirum est,

casum, quem Lex non ponit, sub eo quem ponit non comprehendi; Sed ubi lex ejusmodi meritis movetur, valde durum est non producere legem ad eos casus quibus merita illa praegnantiora sunt, quemadmodum alibi de causis revocandae donationis propter ingratitudiuem donatarii diximus, *supra de donat. ad pos.* 30.

12. Porro scriptum esse filium exheredem justa de causa, tametsi ille probari queat, noo sufficit, nisi Parentes, ait Imperator *d. cap.* 3. *in pr.* nominatim illam testamento inseruerint. Quo non facto, nullum exheredatio effeotum habere potest, sed querela ioofliciosi testamentuio omnino rescinditur: quod volunt verba in *d. N.* 115. *c.* 3. §. 12. *in fin. evacuata institutione*, item §. *ult. vers. si autem.* Evacuoto testamento; *cap.* 4. §. 8. legitur, roscisso testamento; quibus *adde arg. l.* 203. *ff. de R. J.* in Graeco sunt *ἀκυροῦσθαι* et *ανατρεπεσθαι*, quae supponuot κύρος καὶ ςασιμον καὶ βεβαιον τι, *aliquid. validum et firmum ab initio quod fuerit* Contraria verba, *quod testamentum in sua maneat firmitate*, extant in *d. cap.* 3. §. 12. *in fin. et.* §. *ult. vers. sive igitur. cap.* 4. §. 8. ibique sine dubio habent hunc sensum, quod Testamentum querelae inofficinsi non sit subjectum. Unde sequitur, verba ἐκ παραλλήλου his adversautia, sensum quoque perfecte habere contrarium ac efficere, ut locus querelae esse dioatur.

13. Renovatur heic loci objeotio, quam alibi passi sumus sino noxa; quod exheredatio non rite debitaque forma facta, nihil quam praeteritio sit. §. 12. *Inst. de hered. quae ab intest.* Dictum enim pridem, id obtinere de interna perfeotione formaque exheredationis, secundum jus aotiquum, a quo diversum est roquisitum de justitia causae, quodque inde dependet. Praeterea objicitur, quod ex hac seutentia sequatur, praeceptum Justiniani de causis testamento inserendis inopune posse negligi, nihilquo interesse utrum exprimatur causa vel non, siquidem utroque casu querela locum inveniat: Sed nihilominus aliter se res habet: Cum enim causa exprimitur, hares ad probandum eam causam admittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum exclusione exheredati; sed omissa causa, exheredatus querelam necessario obtinebit, ejusque praesidio testamentum expugoabit. Neo tamen propterea inanis argutia dicenda est, quod testamentum illud nunquam habeat effectum, neque vero sit nullum. Quippe si dicamus exheredationem sine causa expressa testamentum facere ipso jure nullum, sequitur, quod et liberi emancipati, quique nunquam in potestate fuerunt, testamentum perinde nullum dicant, si tacitam ob causam siut exheredati; quod posthumi exheredati testamentum agnascendo rumpant, quia cum causa nullo modo exheredari possunt; aliaque plura inde sequentur, fietque nimis quam magna strages juris antiqui, sublata bonorum possessiono contra tabulas, differentia suorum et emancipatorum quod ad institutionem, titulis *ff. C. et Inst.* maxima parte de inofficioso testamento, et similibus. Quod profecto nimis est gravis praejudicii, si statuamus, Justinianum, qui nunquam jus vetus nisi cum multa praefationo et osteotatione prudentiae suao abrogat, tot tamque praecipua Juris capita una consequentia silentioque abolevisse. Porro, illa quidem expressio causae specialiter in exheredatione a patribus facta desiderari videtur. Nam quod liberi aut fratres necesse non habeant certum addere judicii sui elogium, dubio caret, quia respectu illorum id nusquam praecipi videmus, sed ratione *Parentum* dumtaxat, *in pr. d. cap.* 3. tum quia nihil interest, utrum pareetes exheredentur an praetereantur, cum neque veteri nec novo jure omissio illorum per silentium caussam nullitatis praebeat. Qua ratione colligitur, ne quidem a matre avoque materno expressionem causae requiri; tametsi horum diserto mentio fiat *in princ. cap.* 3. et mox generaliter in parentibus requisitum exprimendae causae memoretur; Nam quia certum est, matris avique materni praeteritionem pro exheredatione haberi, §. *ult. h. t.* neque id usquam mutatum legimus, fieri non potest, ut ubi silentium sufficit, specialis expressio causae necessaria esse dicatur. Cui rei consentaneum est, qui praeteriti pro exheredatis habentur, eos cum effectu excludi ab hereditate; modo probari possit, quod ex aliqua memoratarum legibus causarum vere parentes offenderint. Dissentit etiam Scholiastes noster *ad finem* laudans ψῆφον Struvium *Ex.* 32. *th.* 16. sed rationes occupatae sunt.

TIT. XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

I. Quid sit Heredis institutio, et de personis, quae possunt institui. II. De partitione hereditatis. III. Quid si testator jus accrescendi prohibuerit. IV. Quid si testator unum vel plures ex re certa instituerit. V. Quid juris si plures simpliciter, item si quidam eum partibus, alii sine partibus sint scripti. VI. De modis instituendi, ubi de adjectione temporis. VII. De adjectione conditionis, ubi quid et quotuplex sit conditio.

(a) Heres est Successor in universum jus quod defunctus habuit, *l.* 24. *ff. de V. S. et l.* 62. *ff. de R. J.* unde, quid sit heredis institutio, nihil inquirere necessum est; Surrogatio videlicet in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit. Qua ratione autem instituatur, ex natura Testamenti, cujus caput ac basis institutio est, intelligitur; quod eum scribendo vel nuncupando perficiatur, sequitur, heredem quoque institui per scripturam vel vivae vocis nuncupationem; nec refert cujusmodi verbis testator sit usus; * modo per ea satis liqueat voluntatis intentio, licet semineci et balbutiente lingua proferantur. *l.* 15. *C. de Testam.* Est autem Heredis institutio vel talis in specie, vel Substitutio, de *qua titulo sequenti.* (b) Quoad institutionem, hoc capite agitur *primo*, de personis, quae possunt institui, *secundo*, de partibus hereditariis; *tertio*, de modis instituendi. De personis ait Imp. permissum esse heredes instituere tam liberos homines quam servos; ὕστερον πρότερον, pro *tam servos* quam *liberos*, et quidem servos potest tam alienos ex persona dominorum *l.* 31. *h. t.* quam proprios simul cum libertate; etiamsi et simpliciter instituti hereditate pariter ac libertate potiantur, *h. pr. l. pen. C. de necess. serv. her.* ex ratione supra dicta ad §. 2. *I. Quib. ex caus. man. non lic.* Nisi quod servus adulterio dominae maculatus, ab eadem nullo modo per testamentum honorari possit, *d. pr. in fin.* quemadmodum nec ullus omnino servus a domina adulterii accusata manumitti potest, ne quaestioni subducatur; quod et de iis verum esse ait Ulpianus in *l.* 12. §. 1. *Qui et a quib. manum.* qui extra ministerium mulieris in agro vel in provincia fuissent; quod quidem perquam durum, at legem ita scriptam esse subjungit; verum mitigatus est ille rigor, et sanctio ad eos restricta, qui domi adulterae fuerunt, in *l.* 32. *C. ad L. Jul. de Adult.* (c) Caeterum, quem habeat effectum institutio servi, tam alieni, quam proprii, docet Imp. *in* §. 1. et vel per se, vel ex iis quae ad *tit. de hered. qual. et diff.* dicenda sunt, intelligi potest. Quia etiam servus hereditarius, id est, cujus dominus est mortuus, jacente adhuc hereditate ejus, institui potest: Jacere autem dicitur hereditas, quae nondum est adita, sed speratur adeunda. Ratio dubitandi erat, quia talis servus neque ex sua persona est capax hereditatis, cum id nulli servo conveniat, neque ex persona domini, quem nullum habet, at hunc scrupulum eximit Imp. *in* §. 2. eo quod jacens sive nondum adita hereditas personae defuncti vicem sustineat non heredis futuri, sed defuncti, qua de re confer *l.* 31. §. 1. *h. t. l.* 34. *et l.* 61. *ff de A. R. D.* Ideoque servus hereditarius ab alio heres dictus, recte institutus intelligitur ex charactere defuncti; in utilitatem tamen heredis futuri. Unde haud difficulter solvi potest nodus *l.* 24. *ff. de Novat.* ubi hereditas jacens, non defuncti, sed heredis futuri personam repraesentat: Distinguendum quippe inter qualitatem juris et eventum rei. Servus enim hereditatis jacentis, characterem juris omnino mutuatur a persona defuncti, herede existente nullo; quia tamen pro herede futuro adquirit, ideo recte et hunc repraesentare dicitur. Vel sic, Repraesentatio consideratur aut praesens aut praeterita, id est post aditionem; si quaeratur in *praesenti*, quem servus jacentis hereditatis repraesentet, dicimus, defunctum, quia heres futurus necdum est; si post aditionem quaeras, quam servus repraesentaverit, dum jaceret hereditas, dicimus, heredem futurum, quia jam natus est. Plura de personis hic traduntur, nisi quod in §. 4. subjicitur, nemini praescriptum esse quot velit instituere heredes; numerum esse plane arbitrarium et infinitum, id est,

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3 *et seqq.* (c) *Pos.* 5. 6.

* *Ex P.* 3. *C. El.* 9. 5. *und ohwahl.* observari hoc loco meretur, in heredis institutione liberorum et parentum, verba communia e. g. habeat, accipiat, perveniat ad ipsum, etc. haberi pro derelictis, vid. Carpz. ad *d. C. def.* 7. Moller. *ad d. C. n.* 7. 8. Bart. *ad l. centurio.* 15. *ff. de vulg. et pup. subst. n.* 36. atque hoc Juri quoque Communi convenire, *a. c.* 1. *d. testam. in* 6. *N.* 115. *c.* 3. 4. resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. Dec.* 1703.

ἀπέραντον, *indefinitum*, ut Theophilus. Observandum interim, non posse heredes institui illos, qui jure civitatis non gaudent, *l.* 6. §. 2. *ff. h. t. et l.* 1. *pr. ff. ad L. Falcid.* adeo ut nec is, qui manumissus ex lege Junia Latinus erat factus, heres esse potuerit, teste Ulpiano *tit.* 22. §. 3. Hinc peregrini *d. l.* 6. §. 2. et omnes, qui maximam mediamque capitis diminutionem sunt passi, hereditatis vel incapaces vel indigni sunt. Incapaces, qui nunquam capere potuerunt, quorum hereditates pro non scriptis habentur et remaneot apud heredem, ut olim peregrini, personae incertae, §. 25. *I. de Legat.* municipia et universitates, apud Ulpian. *d. tit.* 22. §. 5. orbi et caelibes, *ibid.* §. 3. *in fin.* qui tamen omnes jure novo capaces habentur. Peregrinis testamenti factionem restituit Fridericus in *Auth. omnes peregrini. C. Comm. de success.* De personis incertis, *vid.* §. 27. *I. de Leg.* Universitatibus hereditates et legata relinqui permittit *l.* 12. *C. de hered. Inst. l.* 1. *C. de SS. Eccl.* quanquam et jure Pandect. legata iisdem et fideicommissa recte praestari potuerint. *l.* 71. §. *pen. et l.* 122. *pr, ff. de Leg.* 1. *et l.* 2. *ff. de reb. dub. l.* 26. *ad Sc. Trebell.* De orbis et caelibibus erit locus dicendi ad *pr. Inst. de Fideicommiss. heredit.* Indigni sunt qui propter delictum ab hereditate excluduntur, et quorum portiones a Fisco vindicantur, de quibus est titulus *in ff. de his. quae ut indignis;* quemadmodum et ea quae incapacibus clam relinquuntur. *l.* 1. *et l.* 3. §. 1. *ff. de jure Fisc.* Idem juris est in heredis institutione deportati, quae palam facta pro non scripta habetur, *l.* 1. *C. de hered. Inst.* Denique, non possunt institui heredes pagani, apostatae, improbiores haeretici, *l.* 3. *C. de Apost. l.* 4. §. 2. *l.* 5. *et l. pen. C. de Haeret.* eorumque receptatores, *Auth. Credentes. C. de Haeret.* denique, liberi perduellium. *l.* 5. §. 1. *C. ad L. Jul. Majest.* Quae personae cum *intestabiles* sint, ut ad *tit. de Testam. posit.* 30. diximus; recte videtur esse dictum *posit.* 7. *h. t.* intestabiles non posse heredes institui.

SCHOLIUM.

At supra de Testam. ordin. n. 13. *dixerat Noster, has personas posse capere Testamento, quod etiam videtur verius. Dicit equidem Vinnius in* not. ad §. 6 Inst. de testam. ordin. *cum intestabili ne quidem testamenti factio est*, l. 26. ff. Qui testam. fac. poss. *sed hoc quidem non dicit* d. l. 26. *et contrarium patet ex* l. 18. §. 1. eod. *Videtur autem Vinnium in hanc sententiam pertraxisse verba* d. l. 26. neve ipsi dicatur testimonium. *quae de isto casu intellexit, si intestabilis heres instituatur. Sed ad hanc conjecturam facilis est responsio, si dicamus, dicta verba exponenda esse secundum ductum* d. l. 18. §. 1. *quod nimirum non debeat ei dici testimonium, si testamentum facere velit. Forte igitur Auctor intelligit apostatas, haereticos, liberos perduellium, de quibus* supra.

RESPONSIO.

Sunt illi etiam intestabiles, ut et paganorum conventus, l. 4. et Auth. Credentes. C. de Haeret. l. 9. C. de pagan. et l. 5. C. ad L. Jul. Majest. *textibus* supra *citatis. Vix est igitur, ut de aliis, quam de famosi carminis auctoribus damnatis, quaestio supersit. Nam reliquos intestabiles nihil etiam capere posse, fatetur ipse Scholiastes. Capere posse Intestabiles, non est dictum a me ad* tit. de Testam. ord. pos. 29. *sed personas a Testimonio in ultimis voluntatibus perhibendo exclusas, capere posse dixeram simpliciter, de uno e multis casu excepto et excipiendo, tum, ut in brevissimo scripto, minus animum adverteram. Ego de uno illo casu non habeo quo magnopere a Scholio dissentiam.*

N. ADDIT.

At vero ego nunc a me ipso dissentio, scilicet quod secundum principia Juris Romani ob carmen famosum damnati, eo ipso quo intestabiles facti sunt, neque ex testamento aliquid capere potuerint. Intestabilis enim est qui non potest testamentum facere et cui non dicitur testimonium, sive testamentum faciat, sive heres instituatur. Nam testes testamentarii testimonium dicunt tam testatori quam heredi, dicunt enim illis, inter quos negotium geritur, praeprimis cum olim negotium gereretur inter testatorem et familiae emptorem, qui primis temporibus erat ipse heres. Latius hanc rem deduxi in dissert. de sensu legis decemviralis testamentariae. *Deinde, cum constet reliquos intestabiles non capere ex testamento, nimirum apostatas et improbiores haereticos*, l. 1. 3. C. de Apost. l. 4. et 5. C. de haeret. Authent. Gazaros. C. eod. *liberos item perduellium*, l. 5. C. ad l. Jul. Majest. *nulla causa subest, cur hi debeant privilegium prae reliquis habere, praeprimis cum leges id iis non diserte tribuant.*

2. (d) Sequitur de partibus hereditatis; Et quidem obtinuit apud JCtos, ut inter artis

(d) *Pos.* 9. 10. 11.

terminos appellatio Assis reciperetur, ad significandam hereditatem, id est, uti hic ea vox usurpatur, uoiversas res bereditarias pariter sumptas. As seu libra Romana distribuitur in duodecim partes, quae unciae vocantur (uostrates librae sunt unciarum XVI.) quarum undecim una voce *deeunx* quasi decem et uncia, vel deunx, id est unum do asse, X. dextans, quasi aextans de asse. IX. dodrans ex de et quadrans; quasi quadrans de asse. VIII. *bes* quasi bis trions. VII. *septunx*. VI. *semis*. V. *quincunx*, a numero unciarum: sed. IV. *triens*, id est tertia pars assis. III. *quadrans*, quarta pars assis. II. *sextans*, pars sexta assis. Unioa pars per *μετάθεσιν Uncia*, cujus dimidium *semuncia*, pars quarta *sicilicum*. *l.* 21. §. 2. *ff. de ann. leg.* sexta pars *sextula*, apud Ciceronem *in orat. pro Ceeinna.* ubi hereditatem dividit io deuucem, semuociam et tres sextulas; unde *ibidem*, aspergeio *sextulam.* (e) Est qoidem haec usitatissima partium conmeratio, nec tamen *ἀναγκαστικῶς*, heroditatem, addit Imp. *plerumque* dividi in duodecim uncias; Neque enim adeo perpetua est haec partitio, ut nunquam aliter institui queat, verum tot uociae hereditatem constituunt, quot Testator voluerit. Unde si tres ex quadrante singuli heredes scripti sint, tres quadrantes, id est novem unciae, complent assem; at ex diverso, si quatuor ex trientibus, sedecim unciae in hereditate intelliguntur. §. 7. *h. t.* Atque istae novem aut sedecim unciae taotundem officiunt ac alias duodecim: Ad quem numerum si redigantur, tuno heredibus scriptis jus aecrescendi vel decrescendi contiogit: Aecrescondi his, quibus novem paucioresve quam XII. partes erant assignatae; decrescendi illis, quibos sedecim distributae fuerant; Idem juris est, quando testator unum ex semisse tantum heredem scripsit, quo casu totus as in semisse erit. Ratio redditur a Caesare in §. 5. *h.* quia nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles. *l.* 7. *de R. J.* (1).

3. (f) Unde infertur a multis, quia nemo potest facere, quo minus in testamento suo leges valeant, *l.* 55. *de Leg.* 1. quod testator illud jus aecrescendi ne prohibere quidem possit. Quae tamen dura et enormis sententia videtur, ut ei totam adjudicemus hereditatem, ad quem testator diserte plus quam dimidiam pervenire vetuit: nec multum abest, qoia probabilior sententia Bartoli videatur, in *l.* 9. §. 13. *h. t. item cons.* 156. *et* 177. in tali conflictu Juris et voluntatis Testatoris, collabi potius testamentum, quam ut vim inferamus aut rationi juris, aut expressae voluntati Testatoris: idemque fere evenire, quod contingeret, si quis servum suum scriberet heredem eumdemque liberum esse obnixe prohiberet. In puncto juris tamen verius existimatur, quod pars vacans invito etiam prohibenteque testatore scripto heredi accrescat; quod quidem textus a Brouchorstio objecti 2. *miscell.* 14. non refutant. Non citata lex 9. §. 13. *de hered. instit.* neque *l.* 69. *de Leg.* 2. nec magis *l.* 57. §. 1. *de Usufr.* Sed ratio validius obstat ea, quam dixi, quod successionem ex testamento ordinemus contra mentem Testatoris claram et indubitatam, et praeterea, quod fundamentum, ex quo heres jure accrescendi deficientem portionem, sive ex partium sive personarum defectu consequitur, sit praesumpta voluntas Testatoris, qui partem defectam ei potissimum destinasse creditur, quem in testamento jam honoravit: Proinde ubi non modo illa praesumptio cessat, verum et efficacissima intentio in contrarium liquet, ibi et fundamentum juris Accrescendi deficere videtur. Plane, si testator Titium ex semisse heredem scripserit, alterumque semissem adquiri ipsi noluerit, sed apud heredes legitimos ut maneret praeceperit, nihil dubitandum est, quin alter semis debeatur cognatis, non vi juris ab intestato, sed magis ex testamento. Tametsi enim solita formula eos non instituerit heredes, intentio tamen voluntatis ejusmodi verbis satis indicatur, quod ad effectum heredis institutionis hodie sufficit. *l.* 15 *C. de testam.* Quod si non addito penes quos alter semis remaneret, duntaxat, ne scripto heredi accresceret, prohibuerit, videamus ne non dicendum sit, scriptum quidem heredem vi juris ex asse heredem fieri, sed vi voluntatis cogi ad restituendam partem iis, in quorum gratiam testator eum parte assignata contentum esse praecepit, *arg. l.* 69. *in pr. de Leg.* 2. quae mea sententia placet etiam Viglio *ad* §. 5. *h. t.* itemque Bachovio.

4 Quod dictum est de partibus assis, hoc etiam de rebus certis traditur, ut si Testator ex rebus certis unum vel plures fecerit heredes, nihilque de reliqua hereditate addiderit, tunc scripti heredes ex asse heredes intelligantur, *l.* 1. §. 4. *de hered. inst.* et quidem aequaliter, etiamsi in rebus illis certis inaequales habuerint partes, nisi aperte liqueat testatorem voluisse, ut eaedem partes in asse, quae fuerant in re certa, servarentur, quae est sententia. *d. l.* 9. §. 13. *h. t.* Quod si unus vel plures ex rebus

(e) *Pos.* 12. 13. (f) *Pos.* 14.

(1) *De origine juris accrescendi in hereditatibus et legatis, eleganter, ut solet, agit vir ampliss. Corn. van Bynkershoek observat.* lib. 2. cap. 3.

certis sint scripti, alii vero ex parte assis, vel indefinite, tum priores loco legatariorum habentur, proeceptisque rebus illis certis, reliqua bona heredi simpliciter scripto relinquent. *l.* 13. *C. h. t.* Caeterum miles in *hoc* §. 5. *et* in *l.* 7. *de R. J.* dicitur, secus atque paganus, pro parte testatus, pro parte intestatus decedere posse: Ideoque si unum ex fundo heredem scripserit, quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse creditur. In *l.* 6. *de Testam. mil.* Qua de re tamen aliter est decisum, in casu quo miles filiam e sextante et uxorem ex uncia heredes instituit. *l.* 3. *C. de Test. milit.* In partibus assis igitur locum habet, etiam in militis testamento, haec regula, quod partes assis non adsequatae, semper rediguntur ad assem. §. *et si plur.* 8. *h. t.*

SCHOLIUM.

Ita quidem et Imperator §. 7. h. t. *et JCtus* l. 13. §. 3. et seqq. ff. eod. *jubent ope subtractionis aut additionis, pauciores vel plures uncias a testatore factas ad assem redigi, remque exemplis declarant. Sed ni fallor, iste modus computandi plus subtilitatis quam utilitatis habet, et longe planior est ille, quem petimus ex* §. 5. eod. et d. l. 13. . 1. *tot uncias assem efficere, quot testator voluerit. Exemplum cape sequens; Instituerat testator Titium in quincunce, Maevium in sextante, Cajum in uncia, Sempronium denique in deunce. Massa hereditatis autem constabat* 15575. *thaleris. Jam institue divisionem secundum dictum* §. 7. *et deprehendes quantis ambagibus ibi sit opus: quibus omnibus carere poteris, si divisio fiat secundum regulam* §. 5.

RESPONSIO.

Non hoc vult Imperator in ratione computandi semper utendum propositione Assis, sed partes, quae non exhauriunt totam hereditatem, ita accipiendas, ut heres aut heredes omnia bona vi testamenti consequantur, ne casus testati atque intestati simul existat. Alioqui in computatione facienda, si res ita ferat, non dubitant ab Assis ratione discedere Jcti. quemadmodum patet ex l. 13. in pr. de lib. et post. hered. inst. t. *ubi, cum divisio per* 12. *uncias fieri non posset, Julianus ad calculi rationem utitur numero septenario.*

N. ADDIT.

At vero, si quis allegatos textus adspiciat, videbit JCtos quosdam ita subtiliter scrupulosos fuisse, ut omnia redegerint ad solemnem assis distributionem. Vide dictam l. 13. §. 2. 3. 4. 5. de hered. inst. *Quamvis alii ea scrupulositate non fuerint usi, sed hereditatem absque reductione ad assem statim diviserint in tot uncias quot in testamento invenerunt, ut vel ex* §. 6. et 7. ejusd. legis *patet. Nam in textu ab Autore allegato, plane diversus a nostra quaestione casus est, et specialissimus, qui, ut ex ipso textu patet, aliam habet dubitandi rationem.*

5. (g) Si partes heredum inaequales velit esse Testator, diserte oportet hoc exprimatur; Simpliciter enim nominati partes habebunt viriles, §. 6. *h.* quae semper ad assem rediguntur, si forte vel eum superent, vel non aequent. Nisi unum vel duos distincte, reliquos collective oratione complexus sit, velut *Titius heres esto, Sejus et Maevius heredes sunto*, aut *fratris mei filii heredes sunto.* Tunc enim duae fiunt partes hereditatis; quarum unam Titius separatim scriptus, alteram duo pariter positi, vel fratris filii obtinebunt, *l.* 11. *l.* 13. *l.* 15. *pr. et l.* 59. §. 2. *h. t.* nisi vel celeritatis causa factam esse conjunctionem appareat, ut *l.* 66. *eod.* vel testator particulam *aeque* aut aequaliter adjecerit, ut Ulpianus docet in *l.* 13. *pr. eod.* aut alia concurrant singularia, de quibus vid. *l. ult. C. de impub. et aliis subst. ibique Interpp.* adde D. Wissenbach. 1. *Pand. disp.* 50. *th.* 14. (h) Quod si testator quorumdam partes expresserit aliosque sine partibus heredes adjecerit; videndum est, an partes expressae pauciores sint vel pares aut plures, quam in asse continentur. Si pauciores, tum qui sine partibus sunt scripti, eos partes quae desunt assi habebunt; Quod si aequent assem, tunc qui indefinite sunt scripti, totum semissem reliquis auferunt; quia testator assem inter certos heredes distribuens ac insuper alios nominans, novum videtur assem constituisse, quem his destinavit, §. 6. *h.* Idem est, si partes expressae superant assem; ita hereditas in duos ibit asses, sive dupondium, §. 8. *h. t.* quia et tunc duo putantur Asses seu dupondium constans XXIV. unciis, scilicet dimidiatis, revera semunciis: quarum numerus testamento expressus cedit heredibus particulatim scriptis, ut si quatuor ex trientibus, alii simpliciter instituti; tum quatuor priores XVI. uncias seu semuncias, reliqui habebant octo, ut docet Imp. in §. 8. *h. t. l.* 18. *et l.* 87. *eod.*

6. (i) Transeamus ad modum instituendi, de quo est §. 9. Potest enim institutio fieri pure vel sub conditione. At in diem vel ex die ut

(g) *Pos* 15. (h) *Pos.* 16. (i) *Pos.* 17

heredes institusnlur, rstio juris Romani aon patitur, quo heredis qualitas est indelebilis, neque temporarium eharacterem recipit. *l.* 88. *h. et l.* 7. §. 10. *de minor.* Coi accedit ratio modo allegata, quod paganus simul testatus ae intestatus mori nequeat, eo quod harum rerum naturaliter inter se pugna sit, ut loquitur Pomponius in *l.* 7. *de R. J.* quod de ingeoio et proprietate joris Romaoi aecipiendum, quo Testator beredem instituens alium suo loco surrogare intelligitur, qoi totum so repraesentet, nee alius, quam ipse fuerit, esse videtur: Qui proinde semel heres factus, noo potest non statim iocipere, nee unquam defioere defuoctum repraesentare, non magis quam defunetus ipse potuorit a eerto tempore vel ad tempus esse quod fuerit. Quod autem temporis adjectio vitiosa dieitur, id ita aeeipieodum, ut superflua, non beredis iostitutioni noxia eeosestur, §. 9. *h. t.* sed dies ineertus merito eonditionis loco habetur, *l.* 75. *de C. et D.* siquidem nihil refert, otrum heres scribare, *si navis ex Asia venerit*, vel *quo die venerit.* Nee tantum id obtinet eum de die plano non eonstat an et quaodo sit extiturus, ut ia isto exemplo; neque cum eertum est quando, incertum an sit extiturus, ut, *cum filius pubes factus erit*; sed e iam quando eertum est quod sit extiturus, iaeertum quaudo: voluti, eum Cajus morietur, *l* 4. *in pr. Quand. dies leg. ced.* quia manet ineertum an dies vivo herede sit extiturus, ut si hie aote Cajum deeedat.

7. (k) Conditio definitur, *Adjectio casus in futurum collati, a cujus eventu actus suspenditur.* Dicitur quidem in praesens quoque et in futurum concipi, sed verborum figura magis quam revera, cum potestatem conditio nulla, nisi futurum respicieus, habeat. *l.* 39. *de reb. cred.* Justiniaous in *l. un.* §. 7. *de Cad. toll.* tripheem facit coaditionem, terminis non valde Latinis, *casualem*, *potestativam et mixtam* quibus tamen verbis haud eenseo abstineamos. Quidni enim Caesar tot placitis jure Romano donatis, voculas quoque paucas eidem juri inserere possit, non ut Latinae, verum ut sint juridieae: Casualis est, quae ex eventu fortoito pendet. Potestativa, qua in arbitrium confertur. *l.* 13. *de Adquir. vel. omitt. hered.* Mixta, quae partim in arbitrio, partim io potestate non est, qualis, Si Cajam in uxorem duxerit. Jus ot effectus conditioois est, ut si noo impleatur, heredis (l) institutio deficiat, *l.* 8. *fin. pr. de Condit. inst.* aisi forsitan is, In cujus persona debuit impleri cooditio, vel cujus emolumento deficeret, impleodae conditioni sit impedimento. *l.* 5. §. 5. *Quando dies legat. ced.* ubi talo exemplum; Seriptus es heres, si Titia tibi nubat, Titia non vult, to sis tamen heres, ideinque si legitimus heres vel substitutus cuptias impediat. *l.* 161. *de R. J.* Porro ejusmodi (m) eonditio esse debet, quae exitom habere possit: Nam quae ex genere suot τῶν ἀδυνάτων, impossibiles conditiones, sive per rerum naturam, seu juris ratione fieri nequeaot, frustra adjieiuntur; turpes, inquam, et impossibiles conditiones eodem loco hac parte habentur, *l.* 6. *l.* 14. *et seqq. de cond. inst.* scilieet pro non scriptis; *neque* impediuot quominus vi pura subsistat institutio. §. 10. *h. t. l.* 1. *et l.* 6. *de cond. inst.* quemadmodum diximus de die eerto, euoi inutiliter adjioi, quatenus pro supervaeuo habetur: nisi quis boo interesse observet, impossibiles pro non seriptis haberi, turpes remitti, ut loquitur *l.* 9. *de cond. inst. et l.* 20. *de C. et D.* Atqui Marcianus et Julianus irritam esse institutioem scribunt, cum oonditio existere non possit, *in l.* 16. *de cond. inst.* sed ex proposito liquet, non simplex ibi τὸ ἀδύνατον factum uoum quod fieri oequeat intelligi, sed duplieem eonditionem, quarum una alteri contrariatur eamque evertit, vulgo *perplexam* vocant; Quippe ubi pugnantia inter se in testamento jubentur, neutrum esso ratum, monet Celsus io *l.* 188. *de R. J* Habetur autem impossibilis eooditio, quae per so repugnantiam a natura, vel jure implicat: quae vero possibilis in genere, sed plane aut pene impossibilis sit respectu ejus eui injongitur, ut si homo octogenarius heres instituatur, *si post.* 50. *annos monumentum testatori fecerit*, bio non est heres. Uti noo servus liber fit, qui manumissus est sub eonditione, si heredi *millies* dederit, id est, 75. tonnas auri quas vocnnt. *l.* 4. §. 1. *de statulib.* Ergo nec ut impossibilis eooditio pro non scripta habebitur, qua homo elaudus heres instituitur, *si pedibus in capitolium adscenderit*, neque forte cum Eunochus, *si filium procreaverit*; sed ejusmodi eonditiones tanquam noa completae institutionem corrumpere videotur. *arg. d. l.* 4. (2) Impossibilia igitur in testamentis semper explicaotur in favorem eorum, quibus adscripta suot, quia eum Testator liberalitatem exercere, neque non serio agere praesumatur, ineptitudo adjectionis τοῦ ἀδυνάτου, por incogitantiam, aut ob quidvis potius, quam ut irritum sit quod disponit, excusatur. Inde vero sequitur, quando testator

(k) *Pos.* 18. (l) *Pos.* 19. (m) *Pos.* 20. 21. *et* 22.

(2) *Conferri hic merentur elegantes meditationes Josephi Averanii interpret. Jur. lib.* 2. *cap* 24.

ab herede legatum vult praestari eum impossibili conditione, non legatario, sed heredi adscripta, id quoque in heredis favorem explicandum, ac ita vitiari legatum, §. *ult. in fin.*] *I. de legat.* quod valeret; si τὸ ἀδύνατον legatario fuisset adjectum. Caeterum, posse heredem sub qualibet conditione, quae non prorsus facultate careat, institui, cum passim aliunde certum est, tum ex *l. un.* §. 7. *C. de cad. toll.* etiam ex eo, quod filiusfam. excipitur, ne sub quavis conditione instituatur, sed tantum sub ea, quae sit in potestate ipsius. *l.* 4. *de hered. Inst.* Ratio est, ne conditione non existente neque institutus, neque exheredatus inveniatur: quam ob causam etiam impossibilis aut turpis conditio filiofam. adjecta infirmat testamentum. *l.* 15. *de cond. inst.* Hodie nulla causa est, cur non filiae, quia pari jure cum maribus liberis gaudent, etiam hactenus illis adaequatae videantur. *arg.* §. 5. *tit. praeced. l.* 4. *C. de lib. praet.* Duo postremi versus apud Justinianum sunt lectionis tantum; Si plures conditiones in institutionibus adscriptae sunt; si quidem conjunctim, ut puta, *si illud et illud factum erit*, omnibus parendum est; si separatim, veluti, *si illud aut illud factum erit*, cuilibet conditioni obtemperare satis est. Ii, quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt; veluti, *si fratris filios peregrinantes*, ignorans *qui essent*, heredes instituerit, ignorantia enim testatotis inutilem institutionem non facit. Hactenus Imperator.

TIT. XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

I. Substitutio quid et quotuplex. II. Tres de substitutione regulae. III. Quid juris si servus pro libero institutus acceperit substitutum.

(a) Cum facile eveniat ut is, quem Testator successioni suae destinaverat, eam vel nolit, suscipere vel fato non possit; ne defunctus contra voluntatem suam ad intestati conditionem recidat, provisum est legibus, ut plures heredum gradus ordinare liceat, ita ut deficiente primo, secundus loco ejus potiatur, quod jus *Substitutio* vocatur; quae definitur, *secundi vel ulterioris heredis institutio*, *l.* 43. §. 2. *in fin. de vulg. et p. substit.* quamvis et institutioni specialiter dictae saepius opponatur. *l.* 1. *eod.* Eaque duplex fertur in *Rubricis Pandect. Instit.* et passim, Vulgaris atque Pupillaris. Tertium quidem genus, Reciproca substitutio appellatur in *l.* 4. §. 1. *h. t.* sed verborum figura tantum diversa, revera nil nisi duplex, vulgaris est aut pupillaris. Vulgaris, quae fit *vulgo*, id est generaliter, a quovis testatore, in locum cujuslibet heredis. Pupillaris quae a Patre fit in locum filiifam. impuberis, de qua *tit seq.* Vulgaris fit in eum casum, ut dicitur, primum, si is, qui institutus est, heres non fiat, quod accidit non modo in casu delatae non adquisitae hereditatis, ut vult Cujacius; sed etiam, quando ne delata quidem est, ut si heres ante testatorem moriatur, *l. un.* §. 4. *C. de Cad. toll.* item quando delata hereditas repudiatur vel adiri non potuit. *l.* 3. *C. de hered. inst.* Forma igitur hujus substitutionis est talis, *Titius heres esto, si Titius heres non erit, Cajus heres esto,* ut Justinianus *heic in pr.* docet; addens, surrogationem illam posse et deinceps, in quot gradus voluerit Testator, produci. Sub illis autem verbis; *si heres, non erit*, duo casus comprehenduntur, *si vel noluerit, id est, repudiaverit, vel non potuerit, ante vel post obitum testatoris morte praeventus, d. l. un.* §. 4. *C. de coduc. toll. l.* 3. *C. de hered. instit.*

2. (b) Quae porro Justinianus in *hoc capite* tradit, ea tribus regulis, unaque singulari quaestione comprehenduntur. Regula prima est in §. 1. substitutionem exemplo institutionis *tit. praeced.* numero fieri posse indefinito, uni priore loco instituto recte plures substitui; et pluribus institutis unum posse substitui, atque etiam heredes sibi invicem substitui solere, quae est reciproca substitutio, ut vocatur in *l.* 4. §. 1. *h. t.* seu mutua, ut in *l.* 64. *de leg.* 2. et haec vel distinctis periodis fit, vel una complexione verborum, quam vulgo brevilоquam appellant, seu compendiosam. *l.* 8. *C. de imp. et al. subst.*

SCHOLIUM.

Haec reciprocae substitutionis species plane videtur esse superflua, nec ullam utilitatem in praxi habere: cum etiamsi illa facta non fuisset, idem tamen heredes sibi substituti consequerentur, jure accrescendi.

(a) *Pos.* 1. 2 3. 4. 5. (b) *Pos.* 6. 7.

Rasponsio.

Jurisconsultos id agere, ut quae tacite consequuntur, saepe tamen expresse commemorare et inculcare gaudeant, idque in arte pepulari fructu nen carere, satis censtat. Neque vero diversitas in usu negotii deest: etenim accrescendi jus, si plures sint cenjuncterum copulae, tantum inter conjunctes ejusdem generis habet locum, non inter omnes coheredes; cum substitutio reciproca ad omnes aequaliter spectet. l. un. §. 10. C. de cad. toll. l. 89. de legat. 3. *Modestinus sane reciprocam substitutienem tertii generis appellare non dubitat. d. l. 4. §. 1. Benis avibus! Contenti simus hoc Catone, neque censuram in Artis conditores eo usque producamus, ut quae clarius docendi causa ab illis instituta sunt, etsi non omnia perinde gravia, boni consulere gravemur.*

N. ADDIT.

Hic mallem, ut JCtorum causam contra Scholium melius defendisset Autor, quam fecit. Aliud est doctrinae causa quae tacite sequuntur expresse commemorare, quod sua utilitate non caret, aliud in negotiis et actionibus humanis modum agendi inculcare, et commendare, qui nullum habet usum et effectum: quod sane laudem non meretur, et vix excusationem. Diversitas; quam ostendere vult Autor, a me non agnescitur. Nam textus adducti probant equidem, quod asseruit de jure accrescendi, non probant quod asserit in substitutiene reciproca ex tali causa omnes aequaliter succedere. Finge, dixit testatur Primus et secundus heredes sunto, Tertius heres esto, Quartus, Quintus et Sextus heredes sunto. Et hos sibi invicem substituo. Hic secundum mentem Autoris, si primus deficeret, omnes reliqui aequaliter per hanc formulam deberent ejus portionem inter se dividere. Ego vero arbitror, solum secundum esse substitutum, vel ex regula, quam mox tradit Autor. Quemadmodum testator dilexit heredes in instituendo, ita eosdem dilexisse videtur in substituendo. Quod vero Modestinus reciprocam substitutienem tertii generis appellet, id sive bonis sive malis avibus factum fuerit, scholium nen ferit, quod nunquam de existentia substitutienis dubitavit, sed de utilitate. Reliqua verba testantur quidem de indignatione Autoris erga meum Scholium et de veneratione erga JCtos Romanos, sed tamen bonam JCtorum causam, quod pace Viri, quem etiam post mortem veneror, dictum sit, male defendunt. Ergo videamus an illam nasutam scholii objectionem cum majori JCtorum honore removere possimus. Scilicet per leges de caducis (de quibus videatur praeter Comment. ad Cod tit. de Caducis tollendis, *Ulpianus* in fragm tit. 17.) *impediebatur Jus accrescendi: Quondam tamen eaedem leges neu impedirent substitutiones n testatoribus qui secundos heredes scribere nolebant et tamen juri accrescendi locum esse, aut potius leges caducarias excludere volebant, inveniebatur substitutio illa reciproca. qua adeo tum magnum habebat usum. Quem a me tum, cum scholia scriberem, pro supina illius temporis juris, qua pollebam, scientia ignoratum fuisse, non miror, miror vero valde, a Viro in Antiquitatibus Romanis tam egregie versato non fuisse observatum, cum tamen ejus disertam mentionem faciat ipse Imperator* in d. l. un. pr. de Caducis tollend. Adde *Wissenb.* ad illum tit. Cad. p. m. 664. *Nunc autem, postquam Justinianus leges de caducis abrogavit, etsi nullum habeat amplius usum substitutio reciproca, nec credo ullum ejus in praxi occurat exemplum, non injucundum tamen est eam fuisse traditam, ut videlicet, et antiqui mores Romanorum non ignorentur; qui saepe viam pandunt ad intelligendas eo melius constitutiones noviores.*

(e) Regularum altera est in §. 3. *Quemadmodum Testator dilexit heredes in instituende, ita eosdem dilexisse videtur in substituende* Quod axioma dumtaxat in reciproca substitutione obtinet; nam alioqui partes nihilo secus inter secundos heredes ac inter primos constituuntur, de quibus dictum *tit. praec.* Verum, si duo ex quadrante, tertius ex semisse heres sit dictus, iique mutuo substituti, dein contingat ut ex duobus alter ac ita quadrans deficiat, tum de illo quadrante heres ex semisse tanto plus habet eo, qui ex quadrante est heres, quanto semis quadrante major est, consequenter ille duas, hic unam habebit *unciam*. (d) Tertia regula *in* §. 3. est haec; *Substitutus substitute etiam est substitutus institute* Testator fecit heredes *Primum* et *Secundum*. Hunc illi substituit, Secundo substituit *Tertium*. Secundus deficit, *Tertius* ei substitutus jam portione ejus potitur; mox et Primus deficit, Secundo jam sublato; *Tertius* partem quoque primi petit; Heres legitimus excipit: Tu non es primo substitutus. Replicat *Tertius*, ego sum substitutus secundo, qui substitutus erat primo, consequenter etiam Ego. Et hoc efficit ratio, ne testator

(c) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 9.

pro parte testatus, pro parte fiat intestatus, ut Tertius partem quoque *Primi* deficientia adipiscatur. *d.* §. 3. (1)

3. (e) In §. *ult.* species proponitur singularis, quae utcumque nullum his temporibus usum habere queat, doctissimorum tamen hominum ingenia torquere non desinit, tametsi ab eo, qui nil quam Practicus ἐυχεται εἶναι, impune contemnitur. Servus est in hypothesi, quem testator sui juris esse credens, fecit heredem, eique substituit Sempronium. Detecta mox conditione servili, Dominus ejus vindicat hereditatem jure communi; substitutus contra sibi arrogat successionem; quia cum servus heres esse nequeat, primus gradus deficere ac ita substitutus vocari videtur. Cum uterque probabili ratione nitatur, via medietatis placuit, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur *aequam*, ut videtur, τὸ ἥμισυ λαμβάνει, inquit Theoph. partem quippe simpliciter positam, de parte aequali intelligendam esse, probat *l.* 43. *de usufr. l.* 164. §. 1. *in fin. de V. S.* Nota objectio est ex *l.* 40. *de H red. Inst.* ubi primo Julianus ait, Sempronium substitutum in partem hereditatis admitti; in fine dicit, semisses fieri et alterum semissem dividi. Si fas sit conjecturis notionas conficere, dicamus licet, substitutum Sempronium *in l.* 40. fuisse coheredem servi, et hac ratione semissem unum habuisse praecipuum, alterum vero tanquam substitutum cum Domino servi esse partitum. Cujacius in *d. l.* 40. pro *alter semis* legendum putat *as*, quasi errore ex notarum consuetudine orto; sensu quidem optimo, sed audacius. Majori verecundia se commendat lectio Viri Cl. *G. C. Crusii*, Antecessoris Lugdunensis, ut pro *SEMIS* scribatur *SEM. AS.* tali contextu, *igitur in hoc casu semisses fient, ita ut alter Sempronii* (*sit*) *as inter eum qui dominus*, etc. qua de re diserte auctor in Diatribe ad *d. l.* 40. Sed haec emendatio non bene *descendit ad literam*, dixisset Accursius (2).

S c h o l i u m.

Speciem in d. l. 40. *recensitam ejusque decisionem, tot doctissimorum hominum ingenia fatigasse valde miror*; Vide quos citat Noster in Praelect. conf. Strauch. IX. 25. ibique notata p. 110. *Res plana est et principiis bonae interpretationis convenientissima. Facti sunt duo semisses; unum dominus servi retinuit, alterum cum substituto divisit. Neque huic contradicit Tribonianus. Mallem enim ostendatur mihi ratione aliqua firmiter concludente, per partem in* §. 4. h. t. *intelligi partem dimidiam; Plura addere hujus loci non est.*

Responsio.

Quid concludentius esse potest, quam quod habetur in l. 164. §. 1. de V. S. *Si non* fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur, et in l. 43. de usufr. *Si non* specialiter *facta sit partis mentio*, dimidia pars bonorum continetur. *Quod nec sensu communi aliter se habere posse manifestum est. Non semper igitur quod facillimum, id optimum esse in medicina juridica putandum est.*

N. A d d i t.

Quasi vero ista communis responsio et vulgatum dicterium de parte dimidia in dubio intelligenda, mihi fuissent incognita cum scholium scriberem. Et vereor, ne Autor sibi magis quam mihi dicere debueris istud monitum: Non semper in medicina juridica id optimum esse, quod est facillimum. Nimirum antequam de sensu Institutionum videamus, brevissimis explicandae 40. *et* 41. *ll. ff. de hered. instit. Ait Julianus:* Si paterfamilias *servum quemdam fugitivum, qui se* Titium *nominaverat*, quemque *adeo testator* ingenuum esse credebat, heredem scripserit, eique si heres non esset Sempronium substituerit; *deinde post mortem Testatoris ille* Titius *a Domino suo vindicatus*, et quia *ita* servus fuerat, jussu domini adierit hereditatem; *quaeritur an dominus servi hujus debeat hereditatem adquirere, an vero Sempronio substituto restituere, quia scilicet, si Testator scivisset Titium esse servum, forte non instituisset, sed statim substitutum in ejus locum instituisset; et quia, cum eum ut ingenuum instituisset, casus iste, si Titius (nempe ut ingenuus) heres non erit, quasi extitisset. Sed cum tamen ista ratio valde sit dubia, quia Romanis non fuit infrequens, etiam servos heredes facere*, et *adeo illa*

(e) *Pos.* 10.

(1) *Sed Tertius Jure substitutionis ad utriusque partem admittetur, non Jure accrescendi. Verum quidem est in casu proposito nihil interesse quo Jure ad utriusque partem admittatur, sed interesit si fingamus tres heredes institutos, secundum esse substitutum primo, et secundo quartum. Vinn. ad* §. 5. h. t.

(2) *In l. 40. de hered. Inst. duas esse species, quarum prior est hujus loci, altera agit de casu quo testator instituit, ingenuum, sed postea deductum in Servitutem, substituto ei dato, acute conjecit. Hein. in not. ad Vinn.* §. 4. h. t. *et in Elem. Jur. Inst.* §. *DLVII.*

ratio saltem praesuntiunculam quamdam faciat, contra rationes fortiores in contrarium sint: regulae equitat s suadent, ut in hoc dubio major hereditatis pars maneat apud Dominum Titii, adeoque potest dici, Sempronium, propter illud leve dubium saltem in partem aliquam minorem hereditatis admitti. Rationes autem fortiores, quae pro domino militant, intellectu non sint difficiles. Nam qui seit aliquem servum esse et eum heredem scribit et ita substituit: Si Stichus heres non erit Sempronius heres esso; intelligitur tale quid dicere: si Stichus neque ipse heres erit, neque alium fecerit: At qui eum, quem liberum putat esse, (ut in proposito casu testator fecerat) heredem scripserit, hoc sermone, Si heres non erit, nihil aliud videtur significare; quam si hereditatem vel sibi non adquisiverit vel mutata conditione alium heredem non fecerit. Quae adjectio verborum ultimorum, (ne quis miretur quomodo, qui hominem liberum esse putat, possit de ejus domino cogitare) ad eos pertinet, qui patres familias heredes scripti, postea in servitutem deducti et servi poenae effecti fuerint. Igitur, cum hic pro Sempronio sola militet legis illa conjectura, quod tamen testator errans in statu Titii, forte, si scivisset, eum servum esse, eum non instituisset, in hoc casu semisses fient, non ut unum eorum retineat dominus et alterum det Sempronio, sed ita ut solum alter semis inter eum qui dominus instituti heredis fuerit et substitutum aequis portionibus dividatur, alter vero semis integer apud dominum maneat. Si ita ex regulis bonae interpretationis textum explices, nulla difficultas est, nulla correctione opus. Et miror, quod Dd. textum corrigentes, non senserint, absurdissimam fore sententiam Juliani, si recitatis solum rationibus pro Domino Titii, nullu (ne illa quidem, quam modo in expositione et periphrasi textus supplevimus) pro substituto, decisionem tamen in favorem substituti ex aequis hereditatis partibus facere voluerit. Porro, quod legem subsequentem attinet, excerptam ex Pomponio, ipsa verba, quibus compilatores utuntur, ubi in textu ipso Pomponium citant, ostendunt quod illius verba non sint Pomponii ipsius, sed unius ex compilatoribus, qui putavit, se sententiam Juliani egregie illustrare potuisse, exemplo illo Parthenii. Optandum equidem esset, ut de hoc casu et exemplo distinctius constaret. Nunc vero apud historicos, quorum opera vel fragmenta ad nos pervenerunt, ea de re nihil. Parthenius Caesaris Tiberii servus, ut compilator dicit, ab aliquo testatore ut ingenuus erat institutus; et ut ingenuus etiam adierat hereditatem. Postea a Caesare vindicatus, cum hic retinere potuisset hereditatem totam, tamen ex quadam animi generositate divisit hereditatem cum substituto. Unde patet, hoc exemplum non quadrare ad mentem Juliani, qui voluit, quartam saltem partem substituto reddi. Sed compilator non intelligens sensum Juliani, exemplum hoc, tanquam quod mentem Juliani egregie illustraret, imperite adjunxit. Jam ad Institutiones. Hic primo evidens est, eum, qui hujus compilationis Autor est, in formando §. ult. h. t ante oculos habuisse duos illos textus Pandectarum hactenus expositos. Nam ad verbum ex istis duabus legibus integer paragraphus est descriptus, nisi, (ut videlicet compilator de suo aliquid adderet) quod substitutus ibi non Sempronius, sed Maevius appellatus fuerit, et quod verba illa Juliani, de divisione assis in duos semisses, vim omnem decisionis ejus continentia, plane omiserit, cum scilicet ea non intelligeret, (uti nec intellexerunt nostri interpretes, propterea de ejus intellectu se torquentes,) aut non putaret, convenire ea cum decreto Tiberii in lege sequente. In eo tamen compilator Institutionum cautior fuit, quod, cum sentiret, decisionem Juliani de asse dividendo in suos semisses, aliquid continere, quod non intelligeret, ne forte lex sequens 41. ut jam suspicari incipiebat, inepte in Institutionibus connecteretur cum verbis praecedentibus legis 40. sententiam decreti Tiberiani de divisione in partes aequales non distincte retulit, sed saltem dixit, quod Tiberii decretum sit conforme decisioni praecedenti. Interim ista omissione verborum Juliani, effecit compilator institutionum, ut duo orirentur incommoda. Initio, ut qui Institutiones explicare inciperent, et nescirent paragraphum hunc ex istis legibus Pandectarum explicandum esse, sed ejus verba, prout jacent, considerarent, putarent, per partem in verbis ex Juliano desumptis, intelligi partem dimidiam, secuti videlicet rationes ab Autore in responsione adductas, (in quo eos facile excusatos habeo, cum si sine relatione ad fontes suos excerpta haec considerentur, nullam aliam explicationem postulent) et rationes a Juliano pro domino servi adductas, plane in alium sensum traherent, quasi nempe Julianus iis ad objectionem, quod tota hereditas pertineat ad substitutum, respondere et ostendere voluerit, cur tamen Dominus admittatur

in partem dimidiam. Ita statim Theophilus paragraphum istum in sua paraphrasi interpretatus est, quem deinde interpretes reliqui secuti sunt, ut anseres anserem. Deinde, quod cum in Pandectis deprehenderent verba Juliani in Institutionibus omissa non admittere expositionem illam, quam de textu Institutionum fecerant, non animadverterent textum Institutionum ex hoc fonte suo aliter esse explicandum, sed formarent sine ulla ratione antinomiam inter Institutiones et Pandectas, et postea, ut conciliarent hanc in cerebro suo effictam antinomiam, miris modis sudarent et textum misere torquerent. Illud obiter adde: Theophilum in paraphrasi sua Parthenium ex errore facere servum Imperatoris D. Pii. Et falli Dionysium Gothofredum, qui ibidem vult, in Instit. pro Tiberius *legendum esse* Titus Vespasianus. *Etsi enim eum in finem citet Dionem et Suetonium, hi tamen nihil aliud dicunt, quam quod Parthenius quidam fuerit cubicularius Domitiani, adeoque non ejus servus, imo Suetonius diserte mentionem injicit de quodam liberto Parthenii.*

TIT. XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

I. Unde et quid substitutio pupillaris. II. Differentiae ejus a vulgari. III. Alteram speciem alteri tacite inesse. IV. Nudam sui heredis existentiam firmare Tabb. pupillares. V. De substitutione exemplari. VI. Ad §. 2. *VII. Ad* §. 3. *VIII. De substitutione facta exheredato. IX. Ad* §. 5. *et* 6. *X. Ad* §. 7. *XI. Quomodo finiatur substitutio pupillaris.*

(a) **J**us illud vulgare substituendi, profluebat ex Regula XII. Tab. *Paterfamilias uti re sua legassit, ita jus esto. l.* 120. *de V. S.* Sed pupillaris substitutio virtutem illius regulae egreditur, neque ex lege XII. Tab. sed moribus introducta est, ut Ulpianus affirmat in *l.* 2. *pr. h. t. item hoc pr. in f.* tanquam effectus Patriae potestatis, *ibid.* quae et ipsa moribus recepta dicitur ab eodem Ulpiano in *l.* 8. *de his, qui sui vel. al. jur.* (1) Et quidem antiquo jure, quo cuncta liberorum bona Parentum erant propria, non usque adeo insolens erat; Patrem de bonis filiorum disponere; sed postquam adventitiae res propriae liberorum sunt factae; paulo enormius videtur, Patrem dare filio heredem, non modo in sua, sed in bona materna quoque, et ab iis maternum excludere sanguinem, avum etiam et matrem, fratresque ac sorores. *l.* 8. §. 5. *de inoff. testam.* Quod videlicet est ex juribus patriae potestatis, quam supra monuimus longe apud Romanos excessisse terminos juris naturae et gentium. Quanquam alioqui haec substitutio rationi optime congruit, ut pro eo, qui per judicii infirmitatem ipse testari nequit, tungatur is, quem natura gubernatorem omnium ipsius actionum esse voluit. Est igitur pupillaris substitutio, *Quando Pater liberis impuberibus, quos habet in potestate, dat heredem, in casum, quo heredes jam existentes ante pubertatem sunt morituri,* qui casus est secundus, respectu alterius, *Si heres non erit*; qui primus est. *l.* 8. *C. de impub. et al. subst.* Adde *pr. h. t. ibique* Theophilum.

2. (b) Differentias a Vulgari definitio satis indicat. I. In hac quilibet testator substituit, in pupillari solus pater, non mater; etenim *l.* 33. *de vulg. et pup. subst.* agit de substitutione facta quidem pupillo; unde *pupillares* tabulae; sed forma vulgari. II. In vulgari quibusvis heredibus substituitur, in pupillari filiisfam. impuberibus. III. Illa fit in casum primum, haec in secundum, ut exposuimus. Praeterea notandum, quod vulgariter substitutus testatori succedat, non ei, cui substitutus est, *princ. tit. praec.* sed in pupillari substitutione succeditur pupillo, non testatori. *princ. h. t.* Unde sequitur, ad substitutum etiam adventitia, nec non ea pertinere bona, quae post obitum testatoris ad pupillum pervenerunt. *l.* 10. §. 5. *h. t.* Item quando pupillus se abstinuit hereditate paterna, quod tunc substitutus, (qui nihilominus admittitur) ut mox videbimus, creditoribus hereditatis paternae respondere non debeat, *l.* 42. *de Adquir. vel. omitt. hered.* nisi pupillus primo se miscuerit hereditati, posteaque beneficium

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. 4. 5. 6.

(1) *Hanc quoque Substitutionem ex XII. tabulis esse, probat Hein. in not. ad Vinnium* pr. Inst. h. t. n. 3.

abstioeudi repoticrit. De quo easu cum Accursio videtur intelligi posse *l. paterfamilias.* 28. *de reb. auctor. jud. possid. vors. postquam pupillus.* neque tune opus delenda particula *non*, de qua vid. Gothofredum *ad d. l.* 28. *versic. idem in substituto.* Refellitur enim ex *versic. seq. quoniam filii pudori parcitur etc.*

3. (c) Qoamvis autem ut apecies oppositae propouantur vulgaris et pupillaris substitutio, re ipsa tamen sunt subordiuatae, neo quicquam impedit, quo mious io termiois habilibus conjungaotur; Quam speciom Graeci portentosa compositione vocant βουλγαροπουπιλλαρίαν; Cujus exemplum proponit heio *in pr.* Imperator his verbis: *Titius filius meus heres mihi esto. Et si filius meus heres mihi non erit: sive heres erit et prius moriatur antequam in suam tutelam venerit, id est, antequam pubes factus sit, tunc Sejus heres esto.* Ex quo liquet, olim, ut substitutio utroque easu facta intelligeretur, utrumque easum exprimi debuisse; *si filius heres non erit, sive erit heres, at impubes morietur.* Unde sequebatur, si quis filio suo pupillariter aubstituisset, isque Patrem morte praevenisset, substitutum non potuisse admitti, quia filius heres nou fuerat, quao conditio erat aubstitutionis. Quanquam conjeetura paternao voluntatis non immerito dici poterat, eum qui usque post XIV. annos heres futurus erat, ex meute testatoris multo potius vocatum videri, si statim voluntas ejus exitum habere posset, quemadmodum io hanc sententiam veteres ea de re disputasso, ex Cicerone variis locis, Quintil. *l.* 7. *c.* 7. iutelligimus. Hodie vero etiam hoe membrum decisiooe Imperatoria explicatum est, *ut pupillaris expressa contineat vulgarem tacitam*; (quidquid dissentiat Vigl. *hic.* et Fab. *dec.* 32. *err.* 9. *et* 10.) sed alter casus, simili regula comprehensus est, *ut vulgaris expressa tacitam pupillarem contineat.* Ideo cum Pater filiofam. substituit, *si heres non erit*, atque ille superstes Patri heresque existens, postea impubes moritur, tametsi conditio testamenti expresse deficiat, tamen, quia apparebat, testatorem noluisse filium suum mori intestatum, placuit eum sensum amplecti, quo filius exitum testati haberet; quatenus id salvis legibus fieri poterat; adeoque heredem, qui statim post obitum certo casu heres futurus erat, vocari ad successionem, quocunque tempore filius ex patria testsmeato heredem habere posset. Idque etiam propterea, ut videtur, quia conditio, *si heres non erit*, in specie exiatere non poterat, nisi filio ante Testatorem mortuo: nam si superviveret, heres ipso jure et necessorio fiebat. Atqui patria voluotatem restriogere ad casum turbatae mortalitatis, obs re videbatur; et servato ordine naturae. eventum consequi noo poterat. Haec interpretatio est *legis* 4. *h. t.* Disputare prolixius contra Viglium, Fabrum et alios, quod facit D. Vinnius 2. *Quaest.* 24. pro parte regulae prima, mihi supervacuum videtur, quia longe fortiori puto rationo productionem casus secundi ad primum niti, quam primi ad secundum, quem illi extra controvertroversiam statuunt. Citatae autem *l.* 4. plane ea mens est, pupillaris tacitae, quae vulgari inest, eumdem esse effectum qui pupillaris expressae, ideoque oulla causa est, quare non etiam mater per haoc tacitam excludatur, * ut crebrius sentiunt Interpp. quos citat D. Wisenb. 1. *ff.* 56. *h. t.* 28. non paucis tamen dissentientibus, quos Furum probasse testis est Faber *l.* 6. *Cod. tit.* 8. *def.* 1. Nituntur hi duobus textibus, quibus revera exceptiones continentur. Prima est in *l.* 8. *C. de impub. et aliis subst.* Exceptio altera est in *l. ult. C. de Inst. et Subst.* Dicemus ad *ff. h. t.*

4. (d) Dictum aliquoties, sufficere ad effectum pupillaris substitutionis, quod filiusfam. Patri superstes fuerit, tametsi bonis ejus se non miscuerit, neque hereditatem agnoverit, sed timore aeris alieni semet abstinuerit; quia nihilominus verum est, filium Patri heredem fuisse; si quidem jus abstinendi characterem sui heredis nequaquam tollit, ut latius, *ad* §. 2. *de hered. qual. et diff.* Traditur haec res diserte in *l.* 12. *h. t. l.* 42. *de Adquir. vel omitt. hered. l.* 41. *de R. Jud. aliisque locis*; Atque hoc est, quod communi er dictum est, nudam sui heredis existeotiam confirmare tabulas pupillares. Unde e cootrario sequitur, verba hujus *princ.* si quidem *non extiterit heres filius*, ad eum casum non pertinere, si filius se *abstinuerit*, ut recte habet Theophili paraphrasis; quam cur D. Vinnius reprehendendam putet, aut quid incommodi ex ea interpretatione oriatur, non animadverto; sane quod videtur subesse, id

(c) *Pos.* 7. 8. 9. (d) *Pos.* 7.

* In Saxonia nec expressa nec tacita pupillaris substitutio, matris aut aviae legitimae praejudicare potest. Nam *P.* 3. *C. El.* 8. expressis verbis matri legitimam relinqui jubet, si secus factum fuerit, nihilominus legitimam, nulla habita substitutionis ratione, vindicat, vid. Carpz. *ad eand. def.* 3. Quam Constitutionem cum interpretes ad solam matrem, non ad reliquos Ascendentes Maternos, pertinere existimaverint, Carpz. *l. c. d.* 5. Decisio *Elect.* 47. Aviae Avoque Paterno et Materno idem jus tribuit. Conf. Philip. *ad d. Dec. Obs. un.* n. 42. *seqq.*

nihili esse apparet. Caeterum, quando extraneus heres uos cum filio, vel exheredata filio institutus est, tum ad confirmandas pupillares tabulas, opus est aditione hereditatis. *l.* 11. §. 1. *ad Sc. Trebell. l.* 2. §. 1. *et l.* 10. §. 4. *de vulg. et pup. subst.* E quibus temere Antoo. Faber regulam generalem contrariam eduxisse videtur in *l.* 2. *Conject. cap.* 2.

5. (e) Caeterum, quia per judicii imbecillitatem filius inquam, ipse testari nequit, res postulat, ut pater ipsius vice fungatur, usque dum aetate satis matura vicariam testationem leges facessere jubent. Sed quoniam in liberis mente penitus captis haec ratio cum aetate habili ad testandum non cessat, quis semper testamenti faciendi sunt incapaces, ideo placuit Justiniano, jure ordinare, (cum olim a Principe impetrandum esset, *l.* 43. *de vulg. et pup. subst.*) *exemplo* pupillaris substitutionis aliam *quasi-pupillarem* stabilire; *qua jus sit parentibus utriusque sexus* (in concursu tamen Patri potius) *liberis perpetuo mente captis*, *non minus quam ex legitima institutis dare substitutum*, *in casum, quo extra usum rationis sunt morituri*: et quidem, si priusquam mente caperentur, nullum condiderint testamentum; id enim alioqui vim suam retinebit. Sub mente captis plerique hic intelligi non modo furiosos et prodigos, sed etiam mutos et surdos volunt; Mihi praeter eos, qui vitiosa naturae dispositione continuo nihil sapiunt, religio est alios complecti, quia procul dubio haec quasi-pupillaris substitutio praeter rationem veteris Jurisprudentiae ex speciali constitutione recepta est, quam nobis ultra terminos legis expressos non magis producere licet, quam veteribus ante Constitutionem *in d. l.* 9. veram pupillarem ad hanc ipsam exemplarem extendere licuit. Jam Constitutio in eadem *l.* 9. *C. de impub. et aliis. substit.* loquitur tantum de his, qui *perpetuo* mente capti sunt et nihil sapiunt. Atqui mutos et surdos non sapere, nemo dicet; Furiosos verum quidem est nihil sapere, dum furunt; sed non sunt hi, qui perpetuo desipiunt; Nam et intervalla habeant καιροὺς διαλειμμάτων, *l.* 6. *C. de Curat. fur.* et sperantur ἀνανέψιν, *ad sanam mentem redituri*, temperie spirituum mutata, quod plerumque fieri videmus. Proinde liberis furiosis stricte ita dictis, qui rabie agitantur, in casum, quo in furore moriantur, substitui posse a parentibus, affirmare non ausim, multoque minus prodigis, a quibus verba constitutionis adhuc longius absunt. Dissentit Scholiastes noster ad *Posit.* 10. *h. t.* remitteas Lectorem ad ea, quae dixerat ad Struchium; quibus occupari nobis heic integrum non est. Quamvis autem exemplo pupillaris haec altera ordinata sit; non est tamen aeque libera et arbitraria; nam parentes non modo liberos mente captorum praeterire nequeunt, sed nec suos liberos, qui sunt fratres et sorores mente captorum; substituere enim *omnes*, *vel certos*, *vel unum ex illis* oportet; ergo reliquos, uno substituto, praeterire patest; quod quidem durum, vix tamen durius, quam quod est in *l.* 8. §. 5. *de inoff. testam.* ubi pater substituens filio pupillariter, matrem ejus praeterit, ut oeo Legitima peti possit. Ex eo qood dictum, etiam matri exemplaris substitutionis facultatem permitti, quia non potestatis, sed humanitatis intuitu indulta est, *pr. d. l.* 9. intelligitur, veram pupillarem non esse maternae dispositionis, quia est patriae, inquam, potestatis effectus, ut pridem dictum, nihil obstante *l.* 33. *h. t.*

6. (f) Quae jam porro docet Imperator, ea minus difficilis sunt explicationis. Nam quod in hac substitutione duplex quodammodo testamentum esse observat in §. 2. id mox corrigit, *aut certe unum*, inquit, *testamentum est duarum causarum*, id est, *duarum hereditatum*. Una quippe patris, altera filii, quae et separari possunt, ut una ad substitutum perveniat, altera non, ut *supra* dictum; Quin et duae aditiones necessariae. *l.* 2. §. 1. *h. t.* Nec tamen nisi unum est testamentum, quoniam ab uno Testatore eodem actu et solennitate factum, iisdemque a Testibus signatum est, *l.* 20. *h. t.* denique pupillare Testamentum, quod dicitur, pro parte et sequela paterni habetur. §. 5. *h. t.*

7. (g) Levius et consiliarii magis quam Legislatoria est, quod in §. 3. inculcat; Testatorem, si metuat ne substitutus spem nefariam conscientia potiorem habens, filio suo insidietur, recte facturum, si versus eos, quibus substitutio pupillaris continetur, in extrema pagina scribat eamque complicet vel alteri applicet, linoque et cera consignet; palam prohibens, ne pagina ista vivo et impubere adhuc pupillo aperiatur. Ita facile obtinebit Testator, ne pupillus ejusmodi periculis sit obnoxius, quibus alii propter nimiam de amicis fiduciam succubuisse leguntur, cujusmodi exempla sunt in *l.* 39. *de Poen.* Cicer. *orat. pro Cluent.* Sueton. *Galba cap.* 9. De forma veterum libellorum et instrumentorum, quae plura, quam heic necesse est, memorari poterant, ea remittimus ad locum. Tu vid. Sueton. *Ner. c.* 17. *l.* 1. §. *pen. et ult. l.* 8. §. *ult. deh. p. sec. tab. et l. ult. de fideic. lib.*

8. (h) Id quoque ex iis, quae dicta sunt colligi potest, Patrem filio etiam exheredato recte substituere, §. 4. *l.* 10. §. 5. *h. t.* quoniam

(e) *Pos.* 10. (f) *Pos.* 11. 12. (g) *Pos.* 19. (h) *Pos.* 13. *et* 15.

hunc perinde ac suum heredem habet in potestate, ac substituendi jus a Patria potestate pendet, quemadmodum de tutoris datione dictum ad §. 3. *supra de Tutel.* Difficulter tamen dixeris, quibus in bonis jure antiquo illa substitutio et tutoris datio habuerit effectum, si quidem omnia liberis undecumque adquisita Patrum erant propria, exceptis castrensibus, qualia impuberes habere non possunt. Sane in his bonis, quae liberi expectabant, ac ante pubertatem obvenissent, valere poterat substitutio exheredati. *l.* 10. §. 5. *h. t.* Jure Codicis amplior sine dubio seges est, rebus adventitiis paternae proprietati subtractis. Sed novissime vix est, ut doctrina hujus §. magnopere obtineat, ajunt Interpretes, quoniam impuberes, quibus haec substitutio convenit, vix aut numquam exheredationem merentur, ex *Nov.* 115. Atqui tamen per querelam rescinditur testamentum, in quo impubes exheredatus est, ut olim ita hodieque, *infra* videbimus, et jam vidimus *sub fin. tit. de Exhered. lib.* Si querela non moveatur, heres erit qui scriptus est, eoque deficiente substitutus. Quin etiam, qui ipsi exheredato substitus est, admittendus erit, illo ante tutelam suam mortuo; nunquam enim jus hujus loci mutatum legitur, praesertim postquam jure novo placuit, ut mox intelligemus, per querelam non rescindi substitutionem pupillarem. Ad hoc in *Posit.* 13. non satis exacte animum advertisse videmur, quod non fugit Scholiastem nostrum ad *d. Pos.* Illud et veteri novoque jure certum est, testatorem filio exheredato ejusque substituto legata relinquere nulla posse, qui haec onera sunt, quae his, quibus nihil commodi a testatore fuit ortum, imponi nequeunt. *l.* 41. §. 3. *de testam. mil.* Verum quid si filius per querelam inofficiosi testamentum rescindat, eoque rescisso, adhuc impubes moriatur, num substitutus hereditate potietur? Jure veteri nequaquam, quia certum est, si Patris testamentum non valeat, nec filii testamentum valere posse, §. 5. *in fin. h. t.* et cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo valet, ait Paulus in *l.* 28. *in fin. de inof. testam.* Qua in re mitior fuit bonorum possessio contra tabulas, per quam nihil aliud rumpebatur, quam ut filius, contra quem scriptum erat, bona consequeretur; salvo in reliquis capitibus judicio Patris. *l.* 34. §. *ult. h. t.* Nec dissimilis ratio querelae est hodie, quae tantum movetur ad amoliendam a filio injuriam exheredationis bonaque impetranda quae natura ei addixerat, adeoque ad institutionem quae facta est, removendam, reliquis testamenti partibus inconcussis, *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.* ideoque substitutionem pupillarem quoque salvam esse consentaneum est: nam vulgarem per querelam aditionemque hereditatis evanescere, per se clarum est.

9. (i) Scilicet pupillare Testamentum, sive substitutio, est pars, ut dictum, et sequela Paterni, ideoque rescisso principali testamento, pupillaris substitutio non magis salva manet, quam toto corpore abolito, pars integra servari potest. Eadem ratione efficitur, ut Pater nunquam aliter filio, quam pariter sibi heredem scribendo subsistuere queat, *d.* §. 5. *in pr.* Quin adeo primi heredis institutio fundamentum secundae est, ut substitutio ne quidem priore loco recte collocetur, quando diversis locis et interrupto contextu pars utraque testamenti componitur, sed institutio praecedere debebat, illo quidem casu *l.* 16. §. 1. *h. t.* Nam si uno contextu absque interruptione totum scribatur testamentum, ordo verborum nihil attenditur, *l.* 2. §. 5. *eod.* posse autem hoc casu unitatem contextus, aliuqui adeo mysticam, negligi in testamento, alibi observatum est. *supra tit.* 10. *th.* 8. In §. 1. (k) nihil novum aut ἀπροσδόκητον continetur, nam quo minus Testator aut singulis liberis distincte aut ultimo ex illis morienti substituere ex arbitratu suo possit, nulla ratio erat dubitandi: scilicet, cum singulis substituit, tam curiosus fati est, ut liberorum unicuique suum velit assignare heredem; quando ultimo defuncto, cupit, ne bona extra familiam vadant, sed ut superstites aliorum mortibus augeantur. De hac specie casus est dubius, talis: Si liberi, quorum ultimo morienti unus idemque substitutus est datus, pariter decedant, an substitutus, qui supremum mortuum probare non potest, admittatur. Africanus adfirmat in *l.* 34. *pr. h. t.* quia *postremus non is demum, qui post aliquem; sed etiam post quem nemo sit, intelligitur.* Martianus *in l.* 34. *ad SC. Trebell.* habet hanc speciem; Pater filios heredes instituit, partem ejus, qui novissimus ex filiis moreretur, propinquo restitui voluit; Filii simul diem suum obierunt. Propinquus si non ostenderit, quis novissimus obierit, ad partem hereditatis non admittitur. Videntur haec esse contraria, sed diversae rationes sunt; in prima specie, substitutus est novissimo morienti, in altera, pars ultimi rogata fuit restitui, quae pars demonstranda est: Accedit, ut videtur, favor maternae successionis, quae fideicommissariae opponitur. *in d. l.* 34.

10. (l) Denique substitutio potest fieri vel nominatim, quod usitatius et expeditius est, vel generaliter, ut dicat: quisquis mihi heres erit, is filio meo heres esto. §. 7. *h.* Inter utramque formulam hoc interest, quod qui

(i) *Pos.* 14. (k) *Pos.* 16. (l) *Pos.* 18.

nominatim substitutus est, filii successionem consequatur, etiamsi de bonis oneribusque paternis nihil adipiscatur, ut audivimus. Qui ex altera formula, is de secundis tabulis non gaudet, nisi heres Patris fuerit, et quidem expresso ejus judicio vocatus, adeoque scriptus, non herus aut Pater, qui per filium aut servum heredem se testatoris esse contendit, multo minus qui solo jure sanguinis et intestati fretus est. *l.* 8. §. 1. *h. t.*

11. (m) Finitur Substitutio pupillaris eodem tempore, quo filius incipit ipse sibi scribere posse heredem, id est pubertate, §. 8. *h. t.* quamvis diserte testator longius tempus comprehenderit, *l.* 14. *h. t.* id enim frustra facit, verbis quidem civilibus. *l.* 7. *h.* Si *frustra*, igitur in vim fideicommissi talis non flectitur substitutio, quod nec iden fieri potest, quia substitutio pupillaris est de bonis heredis, fideicommissum duntaxat de propriis testatoris, ideoque toto genere differunt; unde μεταμόρφωσις ejusmodi nimis foret insolens, utique in paganis; nam in militibus nihil insolens aut notabile est; hi possunt et vulgariter, postquam heredes extiterunt, et pupillariter ultra pubertatem substituere; sic tamen, ut substitutus ea tantum, quae propria testatoris fuerunt, adipiscatur. *l.* 5. *de testam. mil. l.* 15. *h.* Potest etiam iis, quos in potestate non habet, miles substituere, *l.* 41. §. 4. *de test. milit.* quod paganis nullo modo licet. Verum (n) si quis suas res ab uno ad alium heredem velit devolvi, id per fideicommissum disponere debet, de quo proprius erit *infra* dicendi locus: sunt enim res diversae; quanquam fideicommissum haud inepte substitutio vocari potest, ac ita appellatur a Papiniano in *l.* 57. §. 1. *et* 2. *ad Sc. Trebell.* et clarius ab eodem in *l.* 41. §. 3. *h. t.* Moribus hodiernis, pupillaris substitutionis usum obsolevisse, nisi quatenus vim fideicommissi obtineat, constanti Pragmaticorum attestatione traditur; cum, quod Patria potestas illa Quiritium omnino fere evanuit, tum quod hoc caput, quo pater jus habet excludendi post mortem suam fratres sororesque impuberum a successione eorum, (quod etiam in exemplari Justiniano iniquum fuit visum, ne de avis maternis et reliquo sanguine dicam) prope inhumanum adeoque a secta hujus saeculi alienum videtur. In Frisia tamen non est dubium, quin substitutio pupillaris plenum robur obtineat, libereque a Parentibus exerceri possit. vid. Sand. *lib.* 2. *Decis. tit.* 7. *def.* 1.

TIT. XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMENTUR.

I. Quot modis testamenta infirmantur, et rumpendi modus prior. II. Rumpendi modus alter, facto posteriori testamento. III. Si duo pariter fecerint testamentum, unum inscio altero, illud posse mutare. IV. An per posterius imperfectum, rumpatur prius. V. Quid si testator in posteriori caverit, ut etiam prius valeret. VI. De deletione, inductione, cancellatione etc. VII. Quo modo fiat irritum. VIII. Nuda voluntate non revocari. IX. Valere tamen revocationem coram septem testibus factam, contra Vinnium adstruitu. X. Principem non recte institui litis causa.

(a) Quomodo Testamenti factio ordinari et quibus solemnibus, quomodo heres institui atque substitui debeat, adeoque totam Testamenti structuram et oeconomiam vidimus. Jam videndum, quibus modis destruantur. Sciendum autem, Testamenta quae non ut debent, condita sunt, vel ab initio non valere, vel postea infirmari. (b) Quae ab initio non valent, ipso jure *Nulla* dicuntur. Cujusmodi sunt etiam Injusta, sive non jure facta, in quibus desunt solemnia juris, *l.* 1. *de injust. rup.* maxime ea, in quibus filiifam. sunt praeteriti. *l.* 17. *ibid.* Quae (o) valent initio nec tamen firma sunt, ea infirmantur jure Praetorio aut jure Civili. Praetorio per bonorum possessionem contra tabulas, quae datur liberis emancipatis praeteritis §. 3. *I. de exhered. lib.* Jure Civili (d) *rumpuntur* aut *irrita* fiunt aut *destituuntur* aut denique *rescinduntur*, quos terminos non tam secundum Priscianum, quam Justinianum distinguere solemus. §. 5. *h.* Testamenta (e) *rumpuntur* agnatione Posthumi, et posteriori Testamento aeque perfecto. Posthumi vel vera vel quasi agnatio est. De vera agnatione dictum *ad* §. 1. *supr. de exhered. liber.* Quasi posthumorum tres quasi species sunt: Prima est nepotum, qui

(m) *Pos.* 20. (n) *Pos.* 21. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 3. (o) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. *et* 6.

morte vel emancipatione patrum proximi avis, ac ita sui sunt facti. §. 2. *de exhered. lib.* Altera est eorum, qui a Testatore post conditum Testamentum arrogati sunt, vel in descendenti gradu adoptati, §. 1. *h.* juncto §. 2. *de Adopt. et* §. 14. *de hered. quae ab intest.* Tertia eorum, qui a Patre Testatore post factum testamentum sunt legitimati. §. *ult. de Nupt.* Qui omnes *quasi* agnascendo rumpunt Testamentum, omniaque ad causam intestati redigunt. Nam constitutio nova, quae solam heredis Institutionem infirmat, ad Querelam inofficiosi solummodo pertinet. *in Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.*

2. (f) Secundo, prius Testamentum rumpitur per posterius. Nam declarationem voluntatis, qua nos alteri non obligamus, mutari licere tam est naturale, quam obligationem consensu ejus; cujus interest, posse aboleri certum est. Hoc sensu ambulatoria dicitur esse hominis voluntas, *l.* 4. *de adim. vel transf. leg.* adeo quidem, ut nihil opus sit priorem voluntatem revocare in posteriore, sed aliam extare sufficiat, per quam *ipso jure* praecedens rumpitur. *l.* 27. *C. de Testam.* Quod verum est, etiamsi juravit Testator, se non mutaturum prius Testamentum; Tali enim jurejurando nusquam jure civili major efficacia, quam declarationi injuratae tribuitur. Quod si per juramentum Testator heredi id promiserit, non dixerim, salva conscientia eum mutare posse testamentum: quanquam, si mutatum sit, in Foro posterius valebit. Caeterum (g) duplex in testamento clausula derogatoria usurpatur; altera posterioris testamenti, quae derogatur cunctis voluntatibus antea conditis, quae non est necessaria; et altera priori inserta testamento, qua testator declaret, se nolle, uti posterior sua voluntas, si quam forte condiderit, subsistat. Qualis si priori Testamento sit inferta, tamen juris Romani ratio non permittit, ut homo liber, eo modo supremum sibi arbitrium praecidat, auctore Hermogeniano in *l.* 22. *de leg.* 3. et Marciano *l.* 6. §. 2. *de jure codic.* Sed usu fori est receptum, testamenta clausulis derogatoriis munita, per posteriora non aliter rumpi, quam si Testator in novissimo clare dicat, se mutare sententiam et revocare illam clausulam, teste Sandio *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 1. Nec videtur hoc temperamentum carere fundamento, propter *l.* 22. *de leg.* 3. ubi Testator dixerat; *cui bis legavero, semel deberi volo.* mox in eadem scriptura bis uni legat; JCtus ait, bis deberi, quia posterior voluntas potior est, quam prior derogatio impedire nequit: *sed hoc ita locum habebit*, pergit textus, *si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi poenituisse et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.* Hanc clausulam plerique adsutam a Triboniano censent, quod Cujacii et auctoritati et rationibus *l.* 14. *obs.* 7. haud aegre concesserim. Atqui Justinianus hoc capitulum omnesque Pandectas, ut a Triboniano sibi oblatae sunt, confirmavit; adeoque etiam huic clausulae robur dedit; ut jam parum intersit, Hermogeniani, an Triboniani ea verba censeantur. Quid si ita colligamus; Testator in priori voluntate non potest cavere ne posterior dispositio valeat, modo constet, eam esse ipsius seriam voluntatem. Quando autem in una scriptura prius dixit, si quid infra leget bis, hoc se nolle bis praestari, tum si mox leget bis, quid fiet, nisi quod dixit, ut semel praestetur? Id enim adhuc velle creditur. Mutatio voluntatis tam brevi non praesumitur: Poteat tamen mutare et praecipere, ut bis praestetur, sed tum specialiter id exprimere oportet. Ita optime convenit inter *d. l.* 22. *et l.* 14. *pr. de Leg.* 1. Sed quando in priore Testamento dicit, se nolle valere quod postea disposuerit; dein alio testamento, diversaque scriptura et tempore, contrarium quam priore testamento ordinavit, tum facilius mutata voluntas praesumitur, quam in eadem scriptura. *d. l.* 14. *et l.* 22. Ita videtur opinio Dd. quae praxin fori peperit, longius extendisse clausulam *d. l.* 22. quam ex ratione juris civilis necessum fuerat. Alias Pragmatici, forte nec inepte, distinguunt inter clausulam derogatoriam potestatis, et voluntatis, illam non valere, hanc effectum habere, id est, non posse testatorem ita circumscribere semetipsum, ut ei non sit integrum mutare voluntatem; sed posse eum ita munire prius testamentum, ut argumentum praebeat, posterius ex voluntate ejus non esse factum. Proinde si reservetur ei facultas derogatoriam clausulam revocandi, satis consulitur libertati voluntatem mutandi. Quod si derogationem non revocaverit, quidni praesumptio fit, eum a priore voluntate non recessisse; proinde fieri debere, quod dixit, testamentum posterius ne valeret?

SCHOLIUM.

Regulariter ergo semper praesumi debet eum poenituisse, quia alias tam solemnem actum, in quo testamentum posterius fecit, de nihilo instituisset.

RESPONSIO.

Atqui praesumitur, quemadmodum Testator aut Testatrix praevidit, se importune ad testamentum recentius sollicitatum

(f) *Pos.* 7. (g) *Pos.* 8. 9. *et* 10.

iri, contra quod provida clausula ista se voluit praemunitum, ita deinceps eum eamve fuisse compulsam, vel sollecitatum, ut fit.

N. A d d i t.

Consentio huie responsioni. Sed per eam Autor non me refutat, sed seipsum. Adjeceram enim id Seholium positioni 10. ut ostenderem, ibi asserta cum iis, quae ipse Author tum tradiderat in praelectionibus, non convenire, et provocaveram ad ipsas praelectiones. Nunc cum ea verba praelectionum, ad quae ibi provocaveram, hie expunxerit, debebat etiam meum Scholium omittere, aut meliori fide rem, prout gesta erat, narrare.

3. Quid juris sit, eum duo pariter, veluti conjuges, fecere testamentum, ut hodie fit; an et tunc alter inscio altero, testamentum mutare queat, diximus ad *tit. de Testam. ordin. sub finem.* Multos tamen aliter sentire, satis constat et testatur D. Voetius *ad* §. 3. *d. tit. n.* 2. quibus haec ratio praecipua est, quod ea res insignem perfidiam redoleat, si communis consensus fiducia duo conjuges amicive testati alter in alterius favorem, deinceps alter alterum frustretur; Sane, si id fiat utroque superstite: nam altero praemortuo, superstitem alterum pro lubitu salvaque fide testari posse, non est dubium; utique, si in mutuum favorem duntaxat disposuerint. Nam si communes heredes alios scripserint, eadem fere est ratio in specie perfidiae, quam modo subduximus. Attamen hae rationes non possunt efficere, quo minus fortior et verior sit haec regula juris; ambulatoriam esse hominis voluntatem usque ad supremum vitae exitum, quotiescumque alter alteri non est obligatus, *l.* 4. *ff. de adim. vel transf. leg.* quemadmodum duo testatores hoc ipso, quod pari consensu testantur, nulla specie obligationis erga se invicem tenentur, nec possunt quidem, quia, sicut alias et saepe dictum est, contractus cum actu testandi consistere non potest. *l.* 20. *ff. de V. S.*

4. Rupto igitur priore testamento, successionem fieri palam est ex novo, quod proinde ejusmodi esse debet, ut *jure* perfectum sit. Nam posterius imperfectum hactenus pro non facto habetur, sive ipso jure invalidum sit, seu postea infirmetur, praeterquam si destituatur, id est, hereditas ex eo non adeatur; neque enim hoc ad internam testamenti perfectionem, sed ad eventum spectat, sufficitque tale esse testamentum, ex quo heres existere possit: qui si deficiat, cum voluntas tamen sit perfecta et contraria praecedenti, heres in priori institutus manet exclusus et defunctus exitum intestati patietur. *d.* §. 2. Non habetur hic tamen pro imperfecto testamentum militare, aut simile privilegiatum; nam quia supplemento legis pro consummato habetur, mirum non est, quod per haec, priora testamenta tollantur; Ideo haec species, ut exceptio a regula perfectionis, vix poni meretur, etsi ita loquatur Ulpianus in *l.* 2. *de injusto. r. irr.* Justior *ibidem* exceptio traditur, quando in posteriore testamento scriptus est heres, qui ab intestato succedere poterat, cum in priore essent extranei, nam tunc in favorem legitimorum posterius imperfectum rumpit prius perfectum, *d. l.* 2. quod etiam verum, quando posterius ipso jure nullum est ratione praeteritionis filii, modo heredes scripti sint tales, qui amoto filio, hereditatem ab intestato consequi possunt; etenim et tunc posterius testamentum haetenus valet, ut rumpat prius, in quo filiusfam. erat exheredatus; quo rupto, filiusfam. posterius testamentum expugnat per bonorum possessionem contra tabulas, modo quinque testes adfuerint. *l.* 21. §. 3. *C. de Testam.* Unde apparet, hanc partem exceptionis non in favorem heredum agnatorum, sed filiifamilias exheredati, excogitatam esse. *l.* 12. §. 1. *de bon. poss. contra tab.*

5. (h) Utrum autem heres in posteriore testamento sit ex re vel rebus certis institutus, nihil quidem interest, §. 3. *h.* nam, ut pridem intelleximus ad §. 5. *de hered. inst.* qui ex certa re instituitur, detracta rei mentione, pro herede ex asse jure accrescendi habetur, quod repetitur in *hoc* §. 3. Tale igitur non minus est efficax ad tollendum prius, quam si heres simpliciter esset dictus. Tamen fieri posse dicimus, ut prius testamentum rumpatur, ac nihilominus heredes in eo scripti hereditate potiantur; scilicet, si in posteriore, ubi heres ex re certa scriptus est, addiderit Testator, se velle nihilominus, ut valeat primum. Haec enim verba fideicommissum inferre videntur, ut heres ex re certa dictus, ea re contentus esse velit, ac caetera bona restituere scriptis in priore testamento. *hoc* §. 3. *l.* 29. *ad SC. Treb.*

6. (i) Ad rumpendi quoque modos referri potest, quod in *tit. ff. de his, quae in testamento delentur, inducuntur, cancellantur, inscribuntur*, item quando *scinduntur*, aut penitus *abolentur* tabulae testamenti, traditur. Quidquid horum consulto fit a testatore, sine dubio vim testamenti infringit totumque subvertit; si quid inconsulto fiat ejusmodi invitoque testatore, non nocet hoc, si modo voluntas adhuc constet atque probari possit. *l.* 1. *eod. tit.* Et haec *moribus nostris* sine dubio

(h) *Pos.* 11. *et* 12. (i) *Pos.* 13.

sio etiamnum servabuntur: consentiente bona cum gratia Groenewegio *ad h. tit.* Quid si testator posteriores tabulas ruperit aut deleverit, et priores adhuc exteot, ou hae convalesceat, ut exinde peti possit hereditas? Ita juris est; si tabulas supremas inciderit hoc aoimo, *ut priores supremas relinqueret.* idque se velle *declaraverit. l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* Alioqui testamentum ipso jure extinetum, siae nova causa, ut habet regula Artis tralatitia, non potest reviviscere. *arg. l.* 30. *pr. de S. P. U.*

7. (k) Quomodo rumpatur, dictum, fit etiam *irritum* Testamentum, idque per capitis diminutionem Testatoris maximam mediamque semper, ut et minimam, oisi a milite factum aut pagano de beois quasi aut vere castrensibus, de quibus etiam filiosfam. jus habere testandi, dudum audivimus. §. 4. *h. l.* §. 5. *et seqq. ff. de injust. testam.* Si tamen post factum testameotum capite Testatorem mioui contigerit, at priusquam moreretur, sit restitutus, quamquam rigore juris Civilis irritum sit ac manere debeat testameotum, benignitate tamen atque humanitate juris Praetorii convalescit, daturque exinde possessio secundum tabulas, *modo* Testator codicillis aliisve literis vel sufficieoti voluntatis suae iadicio declaraverit, eodem testamento cupere se mori, quod ad supplementum §. 7. *h. t.* ex *d. l. pen.* §. 2. *de b. p. sec. tab.* observandum. (1) *Nec putaverit quisquam*, ait Papinianus in *d. l. pen.* §. 2. *nuda voluntate constitui testamentum.* Hoc enim antea pridem jure perfectum fuit.

8. (l) Voluntate alioqui nuda aeque coadi oeo revocari testamentum potest, ut docetur. §. 7. Sed testamentum revocatorium, ut et quodvis aliud, omnibus numeris oportet esse perfectum, uti modo iatelleximus, adeo ut si testator coram testibus aliquot jam heredes nuncupaverit et plures nominaturus defecerit, ne quidem nominati fiant heredes; quia potius inchoasse, quam testamentum perfecisse videtur. *l.* 25. *ff. Qui test.* Constitutum tamen est, si testator coram tribus testibus se nolle valere testamentum declaraverit et decennium exinde ut elapsum, haec duo sufficere ad revocandum prius testamentum. *l.* 27. *C. de testam.* Tu dices, quid opus testibus tantique temporis patientia, cum Testator incidere, cancellare, inducere, delere tabulas pro arbitrio, aut dedere Vulcano possit? Notius enim nihil est, quam posse quemque testatorem, vel totum abolere testamentum, vel si partem cancellarit aut expunxerit, hactenus id revocari, quatenus deletum inductum fuerit. *l.* 1. *et toto tit. de his, quae in test. del. induc.* Existimandum igitur, Constitutionis *d. l.* 27. usum esse, quando testator copiam tabularum testamenti non habet, ut quidem videtur.

9. Sed magna dubitatio est, an si testator coram tot testibus, quot requiruntur ad faciendum testamentum, dixerit se velle mori intestatum, vel se nolle valere testamentum quod fecerit, ejusmodi declaratio sufficiat ad infirmandum testamentum. Non accidit, ut alibi hanc quaestionem, quae est magni usus, enucleaverim; ideoque placet id hoc loco instituere diligentius et more Digressionis. Auctoritates quod attinet, hae in utramque partem, ducibus Baldo Bartoloque, numero pene pari recedunt, ut videre licet apud Grassum *comm. sent.* §. *testament. quaest.* 84. Alii distinguunt, utrum simpliciter dixerit Testator, se nolle valere testamentum, an dixerit, se velle mori ab intestato, sive bona deferre secundum ordinem legitimum, ut ibi Grassius *n. ult.* et meminit Vinnius ad *d.* §. *ult.* Nos auctoritatibus missis, quae nos expedire non possunt, ita existimamus, hoc jure utendum esse, ut revocatio testamenti valeat, si coram septem testibus solemniter facta fuerit, vel coram Notario cum duobus testibus, in iis locis, ubi testamenta sic fieri possunt: in qua sententia, ne de aliis dicam, gaudeo esse Manticam *lib.* 2. *de conject. ult. volunt. tit.* 15. *n.* 19. et Grotium *lib.* 2. *Introduct. cap.* 24. *n.* 15. Ratio mihi duplex videtur, positiva altera, et altera negativa, ut liceat ita loqui. Positivam voco praegnantissimam aequitatem, quae nullo modo patitur, ut hereditas ad eos perveniat, quibus testator solemni modo pronunciavit, eam se nolle delatam. Quae vis aequitatis, si non directe testamentum tollit, indirecte saltem beneficioque exceptionis id efficiet, uti constat aequitatis rationes solere producere exceptiones. Laudo igitur, quod Grassus e Socino refert, *locu praedictu*; *eam sententiam quadrare cuilibet sensatu et rationabili intellectui.* Sed rursus assentior Vinnio, qui ad *d.* §. *pen. h. t.* periculosum ait esse, praetexere aequitatem contra expressam juris auctoritatem; proinde, si leges id praecipiant, non vitiari testamentum, de quo testator coram tot testibus, quot requiruntur ad condendum testamentum, dixit, id se revocare, se nolle valere; missam faciemus

(k) *Pos.* 15. 16. (l) *Pos.* 14.

(1) *Quae nova declaratio tantum requiritur dum irritum caepit esse propter minimam capitis diminutionem testatoris, de qua sola agit* l. pen. §. 2. de B. P. sec. Tab. *Quod si testatori maxima vel media contigerit capitis diminutio, nihil aliud requirendum ad convalescentiam testamenti, quam ut tempore mortis et civis Romanus et suae potestatis inveniatur.*

aequitatem et juri scripto stabimus, ubicumque jus contrarium non fuerit introductum; quod si leges id non dicant, haud faciles erimus in admittendis consequentiis adversos aequitatem urgentissimam, ut hereditatem invito testatore vindicari patiamur.

Sane testator non potest facere quo minus leges in suo testamento valeant, ideoque si minorem adhibeat numerum testium, quam in condendo testamento requiritur, nihilo magis in revocando, quam in componendo effecerit. At de nuncupativis testamentis ipsi dissentientes fatentur, procedere nostram positionem, *arg. l. 35. ff. de Reg. Jur.* tametsi textus, ex quibus aliter sentiunt, de testamentis indistincte loquantur. Nam constitutio Justiniani, quae est in *l. 27. C. de Testamentis*, ex qua probatur contrarium, agit de testamentis legitimo modo conditis, ea non tolli lapsu decennii, nisi voluntas contraria non paucioribus quam *coram tribus testibus sit manifestata*: et in fine subjicit, *aliter testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere, nullo patimur modo*; de testamentis indistincte loquitur; si tu jam velis ne quidem coram septem testibus factam declarationem revocatoriam infirmare testamentum; non habes ex hac lege, quo probes, nuncupativum ita posse revocari. Haec, inquam, lex etiam de nuncupativo agit, primo, quia generalia sunt verba; rursus, quia si non agatur de eo, dicendum foret, nuncupativum vel decennii lapsu finiri, vel intra decennium coram tribus testibus revocari posse; contrario enim, ac in scripto sit, modo se habeat oportet, si haec sanctio de eo non loquatur. Sed hoc non largientur dissentientes; et tamen volunt nuncupativum, per septem testes ante decennium revocari posse; nec obstare, quod in hac lege habetur de *testamentis in genere*; Imo vero inquam, si hoc non obstat alteri speciei testamenti, non potest etiam obstare speciei contrariae, proinde nec scripto. Denique manifestum est, in hac constitutione non agi de revocatione facta pari solemnitate, qua conditum est testamentum, nec adeo potest inde colligi conclusio adversus ejusmodi revocationem. Adde textum in *l. 1. § pen. ff. si tab. test. nul. extab.* quae sola quidem non sufficerat; at cum aliis juncta potest augere sententiae hujus facilitatem.

Verum hoc validius profertur; esse rem perabsurdam, testamentum revocari per inscriptionem contrariam, per tenuem literarum inductionem, per cancellationem, id est, deductionem linearum transversarum super universam chartam, ut traditur in *tit. ff. de his, quae in testament. delentur, inducuntur, inscribuntur.* quibus modis facultas legendi non aufertur, nec aliud sunt, quam indicinae voluntatis contrariae, neque possunt aequare solemnem revocationem. Non audimus Vinnium regerentem, *facta majorem habere vim quam verba, ad d. l. n. 1.* Ego contra, ubi de voluntate quaeritur, majorem inesse puto vim dictis quam factis: Verba enim multo clarius exprimunt animi voluntatem, quam facta quaelibet. Ideo Graeci mentem atque sermonem eodem vocabulo enunciant, quando λόγον appellant tam προφορικὸν, quam ἐνδιάθετον: oratio nihil est aliud, quam oris ratio, ψυχῆς χαρακτήρ ἐστιν ἀνθρώπου λόγος, *Character hominis animi est sermo.* Nescio an validius sit alterum Vinnii argumentum *loco praedicto*; si ne tum quidem testamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum testator *processit, quod tamen non consumavit, quanto minus infirmabitur sola revocatione verbali?* Ego contra, si Leges solummodo negant, prius testamentum non tolli per sequentem voluntatem imperfectam inchoatamque, nulla est ratio colligendi, quod non tollatur per revocationem solemnem atque perfectam. Sic est, qui non perfecit testamentum, non testatus est, sed incepit testari, adeoque nec id quod dixit aut scripsit valet, quia non constat an perfecturus fuisset, et an non ab incepto destitisset. *l. 25. ff. Qui testament. fac. poss.* Quid commune habet ejusmodi abruptus et abortivus actus, cum revocatione tam gravi seriaque et omnibus numeris absoluta, denique tam solemni, quam fuit, cum primum conderetur testamentum? Imo *Testator*, pergit Vinnius, *non videtur satis serio improbasse voluntatem solemni testamento conditam, qui nude eam revocavit tabulis testamenti integris servatis: si enim testamentum omnino valere noluisset, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud testamentum condere; quod cum non fecerit, praesumere licet, eum revocationis poenituisse.* Non videtur mihi Vinnius satis animum advertisse ad usum hujus sententiae; loquitur enim, quasi testatores semper in manibus haberent testamentorum tabulas, quas saepe, dum peregrinantur, domi relinquunt, aut amicis custodiendas tradiderunt, quibus notitiam mutatae voluntatis impertiri nolunt; saepe etiam reperire non possunt; quibus casibus omnia, quae in his verbis protulit *Vinnius*, apparent inania. Plane cum testator tabulas penes se habet, vix est dubitandum, quin eas minore molestia sit aboliturus. At de altero casu mihi semper visus est loqui Justinianus in *l. 27. C. de Testam.* Quorsum enim expectare lapsum decennii atque tum adhuc tres adhibere testes? Cum si tabulae ad manus essent, nulla molestia scindi comburive possint; Manifestum igitur est, usum practicum hujus rei tunc esse, cum testator vult revocare

testamentum, nec ipsas tabulas penes se habet. Neque tamen exinde suspendere velim hujus sententiae definitionem; posset enim et alia causa testator moveri, quamobrem tabulas ipsas nollet eodem tempore rescissas. Praesumptio autem poenitentiae in ipso actu solemni revocationis, quam Vinnius colligit, alienissima ab omni similitudine veri, utpote actui ipsi contraria, videtur. Denique movetur Vinnius per *l.* 36. §. 3. *ff. de testam. mil.* ubi traditur, *si veteranus moriens testamentum jure communi tempore militiae factum irritum esse voluerit, heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu manere, legata vero petentes exceptione doli mali summoveri.* Responsio facilis est; Veteranus heic opponitur militi; Hic unde quavis voluntate testamentum rescindere potest. *l.* 15. §. 1. *et l.* 35. *ff. de Testam. milit.* Veteranus non potest, sed opus ei est revocatione solemni, de qua non agit *d. l.* 36. §. 3. Id vero ex *d. l.* 36. §. 3. non gravate concesserim, hoc sequi, non referre, dixerit testator se nolle testamentum prius valere, an se cupere mori intestatum; quae distinctio placuit aliis; Nam in objecta *l.* 36. §. 3. utrumque fuit expressum, et tamen eadem vis utrique formulae adscribitur, etenim ipsa res indicare videtur, eum, qui solemniter protestatus est, se nolle valere testamentum quod fecit, neque dein aliud composuit, ejus animi esse, ut intestatus decedere cupiat. Groenewegius, qui est in diversa opinione super interpretatione juris Civilis, tamen de usu fori hoc modo loquitur, *ad d.* §. *pen. n.* 3. *Haec autem Romani juris scrupulosa subtilitas aliena est a simplicitate testatorum, qui contrariae voluntatis declaratione videntur voluisse decedere intestati, quocumque suprema voluntas semper primum locum obtinere debet.* Apud nos valiturum, quod probavimus, non tantum usu ob aequitatem, verum etiam ex sana Juris Civilis interpretatione, non dubitaverim.

10. (m) Quid sit *destitui* testamentum, in transitu diximus; quando nullus ex eo heres existit, *pr. et* §. 7. *I. de hered. quae ab intest.* §. 2. *de L. Falc.* sive conditio defecerit sub qua institutus est, sive mortuus antequam adiret aut repudiaverit hereditatem. Caeterum, quamvis imperfecta testamenta ratione solemnium, jure Gentium valere queant, ut alibi dictum, et Princeps qui legibus est solutus, (quod similiter alibi dictum est) relicta sibi testamento non solemni petere posset, verecundia tamen et generositas ac majestas ejus, non patitur tam vilem captationem. . *ult. h.* Nec similiter admittit hereditatem ejus qui se litis causa heredem instituit, hac mente testatoris, ut adversarium a bonis in hereditate litigiosis judicio persequendis absterreat. Etsi enim privati hoc modo heredes instituti non repellantur, *l.* 8. . 3. *de alien. jud. mut. caus.* quia vix est ut horum metu quisquam a lite prosequenda deterreatur, Princeps tamen suae gnarus potentiae, nec ipse ea abuti nec aliis permittere vult abutendam, citans pulchram in hanc rem sententiam, in *h.* §. de qua locus alius dicendi.

TIT. XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

I. Quid inofficiosum Testamentum. II. Quid querela, et quid juris si causa exheredationis non fuerit expressa. III. De liberorum et parentum querela. IV. De querela fratrum. V. De ordine eorum quibus datur querela. VI. Casus cessantis querelae et primo si aliud detur remedium. VII. Si exheredatus agnoverit judicium. VIII. Si legitima sit relicta. IX. Quid sit legitima. X. An legitima tolli possit. XI. Quanta sit legitima, et an augmentum ejus aeque in parentibus et fratribus habeat locum. XII. Eam gravari non posse. XIII. Casus cessantis querelae respectu testatoris. XIV. De tempore instituendae querelae, et morte ejus cui competebat. XV. De causis exheredationis, remissive. XVI. De titulo quo legitima relinqui debet.

(a) Non ut testamentum rumpitur irritumque fit vi ac operatione juris sine facto hominis, perinde fit rescissio; sed ad hanc remedium actionis adhibetur. Quod autem rescinditur jure Civili, id *Inofficiosum* vocatur; est hoc, *in quo exheredati vel praeteriti sunt, qui ex officio pietatis non debebant.* Praeteritos intellige eos, quorum praeteritio aequipollet exheredationi, ut sunt liberi a matre avoque materno, Parentesque et fratres praeteriti, de

(m) *Pos.* 18. 19. (a) *Pos.* 1. 2.

quibus *ad* ·. *ult. de exhered. lib.* Nam suis praeteritis, constat ipso jure nullum esse testamentum, quod rescissio recte factum esse supponit. *l.* 2. *ff. h. t.*

SCHOLIUM.

Do jure Institutionum hoc concodimus. Aliud do jure Novellarum, ubi liberi a matre avoquo, et emancipati a patre praeteriti faciunt testamentum ipso juro nullum, Nov. 115. c. 3. *Addo omnino* Struv. X. 15. et 16. et not. nd Strauch. IX. 39. 40· p. 115.

RESPONSIO.

Contrarium ostendimus sub fin. tit. dn Exhered. lib. *nec est apud* Struvium *aliosque dissentientes ibi laudatos, quod* supra *non sit occupatum.*

N. ADDIT.

Sententiam nostram defondimus in novis additionibus supra ad eumdom titulum de exher. liberor.

Porro ex ultimia definitionis verbis colligitur, exclusionem aut omissionem justa de causa factam, cum pietatem non laedat, testamentum quoque non reddere inofficiosum; quae autem respectu singularum personarum, justae sint causae, repetere nihil attinet, ex iis quae dicta sunt *ad d. tit. do lib. exhered.*

2. (b) Remedium illud rescindendi est Querela Inofficiosi, quae optime definitur, *Petitio hereditatis* per rescissionem *testamenti inofficiosi.* Doctores negant, querelam esse petitionem hereditatis. sed volunt nam remedium esse praeparatorium quo testamentum rescindatur, ut, hoc impetrato, hereditas novo judicio petatur. Sed haec explicatio actionum caret logis suffragio et contrarium perspicue probatur ex *l.* 19. *in fin. ot l.* 20. *ff. h. t.* Non obstat dilemma; quod hereditatis petitio sit e testamento vel ab intestato, quod de Querela neutrum dici possit, cum na testamentum supponat jure factum et expugnandum. Sed tu dic, *ab intestato* eventu inspecto, et secundum hunc, intentione petitoris. *l.* 6. §. 1. *ff. h. t.* In foro non male dixeris haud multum interesse; nam si maxime non esset petitio hereditatis, nihil tamen prohiberet eam cum petitione conjungi et sic pariter absolvi, adeoque petitionem et Querelam uno judicio perpetrari. Usum hujus remedii jure novissimo valde coarctatum esse Doctores iidem sentiunt, quia tum demum obtineat, quando una ex XIV. causis testamento inserta, de probatione laboratur; si vero causa omissa vel diversa ab illis 14. sit, testamentum ipso jure nullum arbitrnotur; Sed cum hoc nuper falsum ostenderimus, *ad tit. de Exhered. sub fin.* sequitur nec minorem querelae usum hodie superesse quam olim, nec non exheredatione simpliciter facta testamentum esse rescindendum, ut latius ibidem probavimus. Effectus Querelae inofficiosi fuit olim, quod nihil ex tali testamento valebat, *l.* 28. *in fin. ff. h. t.* ut omnia testamenti capita rescinderentur. *l.* 8. §. *pen.* Sed Justinianus *in Nov.* 115. *c.* 3 *in fin.* sic ait: *Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, sed QUANTUM AD INSTITUTIONES HEREDUM PERTINET, testamento evacuato.* et mox; *Si vero contigerit in quibusdam talibus testamontis, quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut Tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ca omnia jubemus adimpleri.* Quid de substitutionibus? Vulgata nullo modo subsistere potest. Pupillaris potest, ut diximus *in loco.*

3. (c) Secundum haec, liberis a parentibus exheredatis primo omnium querela competit, tam suis quam emancipatis, feminis et maribus, etiam legitimatis et arrogatis et ab ascendentibus adoptatis, quoniam illi omnes institui vel exheredari debent, ut *supra* intelleximus. vid. *pr. h. t. l.* 1. 3. 5. *ff. h. t. l.* 7. *et* 15. *C. h. t.* De matris Testamento naturales quoque et spurii queruntur, *l.* 29. §. 1. *ff. h. t.* non de patris: utique non spurii, quia ad hereditatem patris ne ab intestato quidem admittuntur, cum patrem prorsus non habeant. §. 12. *Inst. do Nupt.* Sed nec nothi de patre queruntur, extantibus liberis legitimis; quibus non extantibus, hactenus queri possunt, quatenus ab intestato jus habent succedendi, de quo in tempore dicendum. Nec quidem spuriis hodie de matris judicio queri licet, si mater sit illustris et liberos habeat legitimos. *l.* 5. *C. ad Sc. Orphit.* De nothis vero, id est simpliciter naturalibus, idem quod olim, hodieque servatur, *d. l. in fine.* Caeterum, ne filii insolenter laedant reverentiam memoriae paternae, querela ab iis hoc colore intenditur, quasi parentes furiosi aut dementes fuerint. *h. pr. l.* 2. *ff. h. t.* At quale hoc genus reverentiae, erunt qui dicent, parentem furoris et dementiae, qui sanus et integer fuit, insimulare? Atqui mollius est, infortunii patrem, quam impietatis arguere et ἀστοργίας. Dicere, quod casu aut vi morbi mente alienatus fuerit, quam quod naturalem erga prolem exuerit affectum. Filii quidem erga Patrem minor quam patris erga hunc naturalis

(b) *Pos.* 3. *et* 4· 5. (c) *Pos.* 6.

obligationis est necessitas, gratitudo tamen et reverentia major est filii erga Patrem. Hinc Paulus, legem naturae liberis parentum hereditatem *addicere*, id est, mancipare et facere propriam ait. *l. 7. ff. de bonis damnat.* Parentes ad bona liberorum admitti dicuntur ratione miserationis, *l. 7. §. ult. ff. si tab. test. null. ext.* Natura quidem non monstrat bona sursum deferenda esse, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus, quam liberis pie relinqui debent, ait Papinianus, in cujus epitaphio Parentes heu! Superstites haec ipsa verba, *turbato tamen ordine mortalitatis* collocarunt in *l. 15. pr. ff. h. t.* (d) Post liberos igitur, datur querela Parentibus exheredatis, aut, quod idem, silentio praeteritis, *l. 1. et l. 14. ff. h. t.* nisi bona sint vere vel quasi-castrensia, *l. ult. C. h. t.* quanquam per *Nov.* 115. c. 4. *in pr.* nullum filii testamentum querelae paternae eximitur, nisi privilegio vere militari *l. 27. §. 2. ff. h. t.* Cui per generalem constitutionem *d. N.* 115. minime derogatum videtur. Scholiastes noster, praeteritis Parentibus testamentum non rescindi per Querelam, sed ipso jure nullum esse contendit. Quod iisdem rationibus, quas habuimus ad *fin. tit. de exhered. lib.* facile refellendum committimus.

4. (e) Post parentes proximi sanguine et necessitudine sunt fratres ac sorores, ultra quos propinquitatis ratio tam efficax non est, ut testamentum sine illorum honore factum Lex rescindendum putet, sed eos consultius facturos monet Ulpianus in *l. 1. ff. h. t.* si se sumptibus inanibus non vexent. Ac nec quidem cuncti fratres sororesque vocantur, sed uterini excluduntur, *l. 27. C. h. t.* cui legis articulo derogatum plerique per *Nov.* 118. *c.* 4. arbitrantur; aliis obloquentibus, qui sic ajunt: In *d. Nov.* 118. c. 4. tollitur differentia inter eos qui per masculinam et qui per femininam junguntur lineam, quod ad successiones ab intestato: Verum ab hac ad querelam minime argumentari licet, cum plerumque, ubi intestati successio obtinet, nullus querelae sit locus, praeterquam tribus in gradibus. Denique nihil necesse erit, ut jus querelae ordinari dicamus ad simplicem ex testamento vel intestati successionem: effectus quidem querelae est successio ab intestato, ipsa querela non est ejus generis nec ejusdem naturae. Hereditas non obtinetur vi successionis ab intestato, sed vi sententiae super inofficioso latae. Has rationes antehac secutum me fateor. Sed enixam Justiniani voluntatem consideranti, οὐδεμίαν εἶναι διαφορὰν ἐν οἱᾳδήποτε διαδοχῇ ἢ κληρονομίᾳ, *ut nulla sit differentia in quacunque successione vel hereditate inter agnatos et cognatos*, quam penitus vult ἀργεῖν, *cessare*, non nominari; haud videtur mihi dubitandum, quin aequalitatem naturae per omnia servari velit; idque solidius juridicum sit, etsi rationes illae videantur esse dialecticae; Sed agi hic de aliqua successione, non potest negari; tamen Scholiastes noster in priore sententia me persistere vellet. (1) Neque vero fratres et sorores simpliciter et propter se vocantur, verum ita, si turpes personae ipsis praelatae et heredes institutae sint; *si scripti heredes infamiae, vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur*, ait Imp. *in d. l.* 27. Per infamiam recte intelliges eam, quae legibus infligitur; per turpitudinem, eam quae opinione graviom virorum; proinde per *levem notae maculam* omnia significari videntur, quae aliquem paulo deterioris existimationis in civitate faciant; mentem plane Imperatoris apparet hanc esse: fraternam conjunctionem non esse adeo decretoriam, ut institutione heredis praecise honoranda sit: tamen esse tam praegnantem, ut si minima ad eam testantis contumelia accedat, in tantum se excitet ac corroboretur, ut vim peremptoriam induat, ac institutionem indecoram evertat. Quaeritur hoc loco, an si Spurius heres sit institutus, fratri querela competat? Quidam ita censent, tam constantem populorum de spuriis in sinistram partem existimationem esse, ut negari nequeat, quin levis notae macula adspersi videantur: Ubique enim opprobrii loco haberi, spurium vocari; Jure divino et canonico sacerdotiis arcentur, ac difficulter hodie ad honores admitti solent. Profertur quidem pro illis; quod spurii in ordinem decurionum allegi possunt, ideoque infames non sint. *l. 6. pr. et l. 3. §. 2. ff. de decur.* Sed infamiam nemo iis imputat; Levis notae macula sufficit, quae vel ex ipso hoc loco probatur, nam in *d. l.* 3. §. 2. habetur, legitime natos spuriis praeferri, nec hos nisi illorum defectu in ordinem allegi. Unde hoc, ajunt, nisi ex aliqua levis notae macula? Sic olim nos etiam. Tamen *posit.* 8. deinceps ita scripsimus, *Levis notae maculam ad mores magis, quam ad natales pertinere*: quod Scholium quoque non reliquit absque nota. Res est, de qua in utramque partem ambigere possis. Mihi nunc ita potius videtur: gravitati Artis convenire, Spurios qui nihil

(d) *Pos.* 7. (e) *Pos.* 8.

(1) *Priorem quoque Auctoris sententiam probabiliorem puto, non enim adparet quod Justinianus fratres uterinos ad querelam admiserit, neque a successione ab intestato ad querelam argumentari licet.*

admiserunt non esse male habendos, nisi quatenus lex id exprimeodum putavit: Quod cum heic factum non sit, nostri arbitrii id facere aequum esse non putavi (2).

5. (f) Quando igitur testator filium, parentem, fratrem praeteriit; palam est, primum querelae locum dari Filio, idque intra quinquennium, quo huic remedio praescribitur. *l.* 8. §. *ult* *ff. h. t.* Ante quinquennium si querelam non praeparaverit, id est litem non moverit, filius ejus, nepos testatoris, queri non potest, quia non aliter quam praeparata querela transmittitur ad heredem. *l.* 6. §. 2. *et l.* 7. *ff. h. t.* Utique jure Pandect. Nam in *l.* 31. *C. h. t.* legimus, jure veteri *omne* quidem *adjutorium dereliquisse nepotem*, sed ex ea constitutione id hactenus mutatur, ut si filius exheredatus interea, dum heres scriptus deliberat, sit mortuus, nepos ex eo ad querelam admittatur; unde non sequitur, ut plerique tradunt, quod hodie querela simpliciter a filio testatoris in nepotem transferatur intra quinquennium, sed id tantum, quod modo expressum est. Proinde, si filium post aditam a scripto hereditatem, nulla praeparatione facta, (saltem denuntiando vel comminando accusationem, quod sufficit, *d. l.* 7.) mori contigerit, non videtur habere nepos jus conquerendi; prout etiam non, si filius juste sit exheredatus; quamvis enim nihil nepoti imputari queat, tamen ipse nihil juris habere potest, ubi pater, per quem et a quo id habere debuit, nihil ipse habuit, ut recte decisum apud Sandium, *l.* 4. *tit.* 9. *def.* 7. juxta Pauli responsum in *l.* 9. §. 2. *ff. de lib. et posth. l.* 6. *pr. ff. de injust. rupt. test. l.* 7. *in fin. ff. si tab. test. null. ext. l.* 4. §. 1. *ff. de bon. poss. c. tab. l.* 34. *C. de inoff. test.* Non transit igitur querela ad heredem ejus cui primo defertur, sed ad sequentem gradum cui lex tribuit querelam datur omnino transitus, si priores agere nolint aut nequeant aut merito repulsi sint. *l. pen. in pr. ff. h. t.* Filio nimirum cessante queri, parens admittitur, et parente etiam cessante, fratres et sorores, qui alioqui primis agentibus excluduntur. *d. l. pen. et l.* 14.

6. (g) Non semper autem illis tribus personarum ordinibus querela cum effectu indulgetur. Varii sunt casus, quibus cessat Querela, quos memoriae causa redigimus ad quatuor ordines; respectu Actoris, Testatoris, Temporis, et Causae. Primo enim, respectu Actoris; quia durum est hoc remedium, (unde in filiis non nisi sub velo fictae insaniae toleratur) placuit non aliter id competere, (h) quam si unicum, adeoque necessarium sit, ut nullum aliud existat, per quod ad bona vel omnia vel partem eorum, perveniri posset. Hinc liberis arrogatis impuberibus querela nusquam datur; quia datum est illis aliud beneficium, quo lex injuriam temerariae exheredationis ab iis amovit; possunt enim quartam petere ex constitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *ff. h. t.* de qua diximus *ad* §. 3. *supra de Adopt.* Posthumi etiam inquit Imp. in *fine* §. 2. *h.* habent hanc *ἐσχάτην βοήθειαν*, *hoc ultimum adjutorium*, ut est *in l. ult. C. de lib. praet. si nullo alio jure venire possunt*; nam praeteriti, ut notum est pridem, rumpunt testamentum agnoscendo; sed exheredatis non potest aliud convenire quam querelae beneficium, *l.* 6. *h. t.* quia nusquam testamentum, in quo posthumus exheredatur, nullum esse dicitur; adeoque non possunt aliud habere quam remedium Querelae.

S c h o l i u m.

Imo hodie habent, quia testamentum dicunt nullum. arg. Nov. 115. *c.* 3.

Responsio.

Incidunt haec in eamdem spongiam, quae explicita est in fin. tit. de Exhered. lib.

N. A d d i t.

Imo potius spongia hac uti debuisset Autor intuitu propriae opinionis, per tradita in nov. addit. supra de exhered. lib.

7. (i) II. Deficit Querela, si exheredatus agnoverit testamentum et adquieverit post mortem testatoris; nam renunciatio hereditatis, vivo testatore facta, non excludit querelam. (α) *l.* 35. §. *C. h. t. l.* 94. *de adquir. vel omitt. hered.* nisi quod pater in ipso exheredandi vel praetereundi actu consentiens, (β) sibi praejudicet, *arg. l.* 29. *C. de pact.* (γ) non aeque filius, quia praeteritio ipsius est nullitas, (δ) non patris. (s) Sande 4. 2. 4.

S c h o l i u m.

(α) *Quia parta de hereditate omnia Jure civili sunt prohibita, secus moribus nostris.** Vid. Struv. Ex 6. th. 44. conf. Sand. d. l. *Ergo hodie valebit haec renunciatio.*

(f) *Pos.* 26. 27. 28. 29. (g) *Pos.* 9. (h) *Pos.* 10. (i) *Pos.* 11. 12. *et* 13.

(2) De lavis notae macula, extat singularis *dissertatio Viri Cl.* 10. *Gott. Heineccii syll.* 1. *opusc. exercit.* 7. *in qua demonstravit spurios non intelligi in* l. 27. C. h. t.

* Jura tamen El. Saxon. etiam vivo testatore facta agnitio ultimae voluntatis, querelam inofficiosi testamenti excludit, P. 3. *C. El.* 10. ibique Carpz. *d.* 1. *seq.* Richter. *Dec.* 40. *n.* 28.

RESPONSIO.

Justinianus Papinianum secutus, aliam reddit rationem, quare liberi, vivo patre querelae renunciantes, nihilominus eam, patre mortuo, movere possint. scil. meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos, d. l. 35. §. 1. C. h. t. *non potest pro libero consensu haberi quem Pater eo modo elicit aut extorquet. Quae ratio, cur moribus hodiernis non obtineat, nihil causae video; praeter quod apud nos pacta de hereditate viventium, nihilo magis quam Jus civile permittat, admittuntur.*

N. ADDIT.

Sed haec Justiniani ratio specialis, non negat illam rationem generalem quam dedi in Scholio, et quam Autor in ipsa hac responsione quoad jus civile concedit. Per mores hodiernos non respexi ad mores in patria Autoris, sed ad mores communis Germaniae nostrae, ex antiquissimis temporibus deductos, cum Germani semper per pacta disposuerint de futuris hereditatibus, donec ante pauca secula insuper successionem testamentariam ex Jure Canonico et Justinianeo reciperent.

SCHOLIUM.

(β) *Scil. exheredationi et praeteritioni suae in testamento filii.*

RESPONSIO.

Fiat ita, ut haec explicationis ergo addantur, etiam velim quod de renunciatione, vivo Testatore, *dixi, de patre solo intelligi.*

N. ADDIT.

At vero non adjeci haec verba explicationis, sed restrictionis ergo; aliud enim est consentire praesentem exheredationi et præteritioni, aliud pacto renunciare hereditati.

SCHOLIUM.

(γ) *Quod argumentum ex hoc textu Autor formare velit, non video. Potius videtur dicendum esse: Jure civili nec hoc pactum valere; valere tamen de moribus ob modo dicta.*

RESPONSIO.

Argumentum est, quemlibet juri atque favori suo renunciare posse quando Lex non obstat, sed fuit error in numero editione priori, qui Scholium praestrinxit. De moribus quod ait, ei responsum est.

N. ADDIT.

Quia igitur loca l. 24. de pact. *impressa erat* l. 15. ejusd. tit. *jure de sensu argumenti dubitabam. De moribus quod addit, jam exceptum est.*

SCHOLIUM.

(δ) *Sed solum in ipsius favorem, cui adea renunciare poterit.*

RESPONSIO.

Aliter apud Sandium d. loco *Interpretes laudati*, quod intrinsecus ipsa solemnitas ac forma testamenti sit, ut filiusfam. heres instituatur vel exheredetur; quae solemnitas; ut ad jus publicum spectans, non magis a filio possit remitti, quam ut is faciat testamentum valere coram quinque testibus factum. *Accedit, quod renunciatio filii, vivo patre facta, non videatur esse libera, ut Justinianum audivimus; idque validius est.*

N. ADDIT.

Antecedentia ostendunt, quod Scholium meum intellectum velim de moribus nostris, non de jure Romano, quia dixi, hoc jure omnia pacta de hereditate esse prohibita. Igitur quae respondet Autor, cum loquantur de Jure Justinianeo, Scholium non feriunt.

SCHOLIUM.

(ε) *Imo et patris praeteritio alias nullum facit testamentum, propter* Nov. 115. *c.* 4.

RESPONSIO.

Hoc est γενικὸν ψεῦδος. refutatum ex his, quae diximus ad tit. de exhered. lib. sub fin. *nec usquam id scriptum aut jus vetus hac parte mutatum est.*

N. ADDIT.

At vero id scriptum et jus vetus mutatum esse, docuimus supra ad eund. tit.

Etiam tacita approbatio testamenti excludit querelam, si exheredatus agnoverit legatum in eodem testamento sibi relictum. *l.* 8. § 10. *l.* 10. §. 1. *et l.* 12. §. *ult. ff. h. t.* Quod tamen incommodum non patitur Tutor qui ipse exheredatus accepit legatum pupillo suo relictum, §. 4. *h. t.* sicut idem non perdit legatum, si querela nomine pupilli sui mota, succubuerit, §. 5. *h. t.* quod perderet, si nomine proprio questus esset, *l* 8. §. 14. *ff. h. t.* officium ne sit ei damnosum.

8. (k) Tertius casus, quo cesset Querela, est, si testator legitimam iis, qui de inofficioso agere volunt, reliquerit. Etenim Lex certam definivit portionem hereditatis, quam parentes,

(k) *Pos.* 14. *et seq.*

ceu minimum, liberis relinquere cogantur et in qua liberos adquiescere oportet, modo institutionis titulo relinquatur, quod Justinianus sanxit in *Nov.* 115. *c.* 3. *in pr.* cum olim quovis titulo relinqui potuerit, §. 3. *et* §. *ult. h. t.* quod adhuc reperitur in *Nov.* 18. *c.* 1. et in *Auth. Novissima C. de Inoff. testam.* Qua lege autem apud Romanos id primum sit introductum, non pudeat nos ignorare, cum nusquam sit proditum. Sufficit legibus receptam et approbatam ejusmodi portionem, ac inde nomen adeptam *Legitimae*, tam jure veteri *l.* 19. *ff. de bon. libert.* quam novo, *inscript. Nov.* 18. vocabulo *adjectionis* in significationem substantivam deflexo.

9. Poteat Legitima definiri, *portio hereditatis, quam lex iis, qui ex officio pietatis non possunt excludi, necessario relinqui praecipit.* Est portio *hereditatis*, quod si dicere quis malit, *bonorum*, parvi refert, modo non negetur recte etiam *hereditatis* dici. Nam si *bonorum* ideo malis, quia legitime deductionem aeris alieni patitur *l.* 8. §. 9. *ff. h. t.* et sic bona sumuntur *l.* 39. §. 1. *ff. de V. S.* id nihil impedit quominus et pars hereditatis vocetur, quoniam quaestio inter heredes de parte deducenda nullo modo, nisi dimissis creditoribus, locum habere potest. Vocatur quarta portionis ab intestato. *l.* 8. §. 6. *ff. h. t. l.* 31. *C. eod.* Haec autem necessario est hereditatis. *l.* 1. *ff. de hered. pet.* Quin cum hodie titulo institutionis relinquenda sit, ut mox latius, partem utique hereditatis oportet esse: ex testamento an ab intestato intelligas, nihil refert. Sed nec impedit, quominus portio hereditatis vocetur, utrumvis eligas, ut vel portionem eam esse totius hereditatis vel portionis ab intestato: utroque enim sensu verum est, quod legitima sit portio hereditatis. (3) Et quidem, si de legitima cunctis pariter heredibus assignanda quaeritur, nihil interesse potest utrum hereditatis totius, an portionis ab intestato partem eam esse dicas: et in singulis heredibus non potest esse dubium, quin portio portionis intestatae intelligenda sit. Nam si tunc universae hereditatis diceres, eveniret, ut legitima saepe major esset, quam filius omnino ex bonis paternis sperare potuisset. Si enim sex ponas liberos, plna sextante singulis obtingere non poterat, legitima vero ex illa interpretatione foret *semis*, quare nihil absurdius. At tamen alii casus dantur, in quibus equidem plus dubii invenitur. Praeterea ex eo, quod legitima *hereditatis* portio est, sequitur, Patrem vivum a liberis nullo modo ad legitimam sibi praestandam posse compelli, quia viventis nulla est hereditas, *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend.* et ejus quod plane non est, nec pars ulla neque effectus est: accedit textus *in l.* 1. §. 21. *de Collat.* ubi expresse negatur Quartae petitio nasci dum pater vivit. Argumenta quae Fachinaeus *l.* 12. *c.* 19. habet in contrarium, minime difficilis sunt expeditionis. Id tamen non gravate concedendum; Patrem bona prodige dissipantem, mature a liberis conveniri posse, ut sibi in futurum quoque de alimentis prospiciat, Est et in promptu remedium interdictionis bonorum, si parentes nequitia et luxuria desperatae emendationis sint. Interea tenendum, dari casum, quo Parentes vivi liberis exsolvere legitimam debent, quando monasterium ingrediuntur. *Auth. nunc. autem. C. de episc. Nov.* 5. *c.* 5. *Auth. ingressi*, *et Auth. si qua mulier. C. de SS. Eccl.* Item quod donationes, quibus parentum facultates adeo exhauriuntur, ut legitima liberis salva non remaneat, vivis etiamnum parentibus, tamquam inofficiosae rescindi possint. *l.* 5. *C. de inoff. donat.* (4) Postremo cum legitima sit portio *hereditatis*, sequitur, filium non posse legitimam agnoscere, et repudiare caetera hereditatis, quia nemo hereditatem pro parte eam scindendo adire, nemo quasdam partes agnoscere, quasdam repudiare potest, ut Paulus et Ulpianus docent in *l.* 1. et 2. *ff. de Adquir. vel omitt. hered.* nihil obstante *l.* 8. §. 15. *h. t.*

10. Sequitur in definitione; quod *Lex* eam relinqui praecipiat; nempe juris civilis est Legitima, sed mixti; fundamentum et principium habens in jure naturae et gentium, determinationem formamque et effectum specialem ex jure civili. Hinc aliud quaesitum pendet, utrum

(3) *Rectius cum Voetio ad* ff. h. t. n. 41. *dicetur legitimam esse partem bonorum, ne filius qui Legitime contentus esse voluit, teneatur creditoribus ultra id quod accepit. Nec quidquam facit quod legitima debeat relinqui titulo institutionis, hoc enim in favorem liberorum statuit Imp. adeoque contra ipsorum commodum produci non potest.* l. 25 *de legib. Filius itaque in parte institutus, electionem habebit utrum legitimam ut talem, id est ut bonorum partem accipere velit, quo casu similis erit heredi ex re certe instituto qui coheredem habet, an vero partem illam ut partem hereditatis habere malit, et hoc casu negari nequit quin sit habiturus partem hereditatis.*

(4) *Verum quidem in* l. 5. C. *de inoff. donat. rescindi donationem usque ad legitimam, sed rescissio, quae illic specialiter ab Imp. concessa fuit, comperari nequit rescissioni quae fit per querelam inofficiosae donationis: cum per illam vivis adhuc parentibus donatio rescindatur, et quidem ipsis donatoribus non liberis earum facultas competat, ut ad legitimam usque eam revocare possint; per hanc vero, rescinditur donatio post mortem donatoris tantum, ad similitudinem querelae inofficiosi testamenti, ita et verius sit hoc casu totam donationem everti* l. ult. C. de inoff. donat. l. 87. §. 3. ff. de legat. 2.

legitima per leges novas minui atque aboleri possit. * Ponendum enim est, immotam esse legitimam, quatenus in morali necessitate vertitur, extra eam mutabilem; ec necessitatem consistere in obligatione parentis ad alimenta; ex quo intelligimus, diminutionem recte legibus decerni; quia assignatio alimentorum non consistit in puncto, sed arctari aut relaxari diversimode potest; et cum olim jure Romano angustior determinatio, quam nunc est, fuerit, nihil impedit, quominus praesens laxitas ad primam erctitudinem redigatur. Abolitionem quod attinet, ea quoad liberos, in universum nulla lege stabiliri potest, quia quisque inevitabili necessitate naturae curare debet, uti, quos effecit in mundo ut essent, iidem in mundo subsistere queant, qui dedit vitam, debet dare victum; quanquam si liberi semet alendi sufficiant, illa necessitas cessat; enim vero tamen lex in universum loquens indistincte valere debet, nec ejusmodi varietatibus sanctionem accomodare potest. In Parentibus quoque et in Fratribus, ut supra ostendimus, non tam necessitatis quam miserationis et gratitudinis ratio militat; quae cum ad Justitiam adtributricem pertineat, aliter se habere potest, et proinde in hisce legitima tolli posse videtur. Moribus nostratium, si modus succedendi ab intestato pactis antenuptialibus praescriptus testamento non sit mutatus, parentibus ex bonis liberorum non debebitur portio legitima, ut observat Voetius *ad* §. 1. *h. t. n.* 5. quod cum ex aliis, tum ex Sandio probat *l.* 4. *tit.* 2. *def.* 4. ubi tameo longe alia species tractatur. Equidem si parentes pactis anteouptialibus consenserint, pariterque legitimae renuntiarint, statuendum videtur, legitimam illis non dari petitionem, per ea quae Sandius disputat.

11. Sed quantum est, quod pro legitima lex olim hodieque determinavit? Veteribus quadrans, sive quarta pars ejus quod ab intestato ad liberos perventurum erat, sufficere visa. *l.* 8. §. 6. *et* 8. *ff. h. t. l.* 31. *C. eod. et l.* 2. *C. de inoff. donat.* Justinianus imprimis humanus legislator, addidit προσθήκην οὐκ ἀγεννῆ, *non ignobile incrementum*, ut loquitur *pr. Nov.* 92. Constituit enim, ut, si liberi quatuor vel pauciores sint, eorum legitima Triens sive tertia pars, si quinque vel plures, semis, id est pars dimidia sit, in *Nov.* 18. *c.* 1. non obscura ratione, quod quo major est numerus, portio decerpta alimentis minus sufficere soleat. In praefatione veteres duritiee insimulat Imperator, quod tam parce liberos bene moratos honoraverint; et ipsius constitutionis verba atque distinctionem, liberis, ut apparet, accomodaverit; claudit tamen illud caput his verbis: *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab antiquo quartae ratio de inofficioso lege decreta est.* Unde communiter Dd. augmentum legitimae ex quadrante in Trientem, aeque in parentibus, ** imo et fratribus, si turpis persona sit scripta, quam in liberis habere locum statuunt: Nec ego quid liquidius, quid clarius ex illis legum verbis colligi possit, video; si quidem indubitate illis personis *olim quarta inofficiosi ratione* decreta fuit; io omnibus autem illis personis idem augmentum esse observandum, sancit Imperator, nec ratio refragatur, quoniam pietas, qua liberi parentibus tenentur, non est minoris apud juris auctores, quam necessitas parentum erga liberos. *l.* 15. *princ. ff. h. t.* Concedo inscriptionem praefationemque liberis convenire, quia de his praecipue Justinianus tota hac *Novella* egere decreverat; sed an hoc impediet, quo minus id, quod de liberis statuit, clara distinctaque clausula ad alios etiam extra liberos ejusdem sanctionis participes extendat? Quid civilius, quid usitatius in quovis genere scribendi? Plane geminum vide in *l.* 35. §. *ult. C. de inoff.* Prorsus nihil improbabilius a Vinnio *hic* aliisque memini disputatum. Caeterum, in numerandis liberis et ratione trientis aut semissis ineunda, non computantur liberi, Parentes aut fratres, qui jure sunt exheredati vel praeteriti, ut communiter tenent, ac probant ex *l.* 1. §. 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib.* juncta *l.* 9. §. 2. *ff. de liber. et post.* quam res ut magni usus, ita diligentiorem requirit explicationem, quam Pandectis loco parallelo reservamus.

12. Praeterea certum est, Testatorem nullum gravamen huic legis beneficio, qualecunque fuerit, posse imponere: non legatum, non fideicommissum vel conditionem. *l.* 30. *l.* 32. *et l.* 36. *C. h. t.* Nisi quod arbitrariam, sive potestativam

* *P.* 3. *C. El.* 12. §. *f.* statuta, quae Parentum legitimam plane tollunt, improbat, ac declarat invalida cujus Constitutionis ratio ad liberorum legitimam multo magis pertinet. Interim Statuta legitimam minuentia attendi jubet et secundum ea pronuntiari §. *desgleichen wann.* Imo ipsa Constitutio *El. Noviss.* 2. §. *als ordnen*, §. *iedoch*, in casu quo allodium in feudum conversum fuit, liberorum legitimam minuit, et duobus vel tribus quadrantem, pluribus trientem relinquit. v. Carpzov. *ad d. C. El.* 12. *def.* 5. *Id. P.* 3. *C. El.* 8. *D.* 30. Berlich. *P.* 3. *Concl.* 11. *n.* 55. Moller. *Semest. L.* 3. *c.* 5. *j.* Carpzov. *L.* 6. *Res.* 44.

** In Saxonia idem obtinere, satis apparet ex *P.* 2. *C.* 12. ubi legitima Parentum Triens appellatur, ex qua inferunt, legitimam Ascendentium in Saxonia semper esse trientem, nunquam semissem, cum vix possibile sit; plures, quam quatuor Parentes eandem simul postulare, et Collaterales cum Ascendentibus haud concurrant, *P.* 3. *C. El.* 17. vid. omnino Berlich. *p.* 3. *Concl.* 12. *n.* 43. *seqq.*

conditionem aliqui exeipiunt, quod verum, nisi gravamen aliquod aut moram saltem iojiciat. *dd. ll.* Imo, forte an plane admittenda non videtur, ne quidem talia *si frugi sit*: legitima non debet non omnimodo praestari, nec implemento conditionis adventitiae, quamquam justissimae, suspendi posse videtur: est enim juris naturalis immutabilis, in liberis, extra causas exheredationis. *Nov.* 115. *c.* 3. prohibito gravamini legitimae consentaneum est, eam non posse relinqui in fructibus aut in nuda proprietate; debet enim praestari *e rebus substantiae Paternae*; *l.* 36. *fin. pr. C. h. t.* nec ideo valet institutio liberorum in nuda proprietate et uxoris aut alterius personae in usufructu generali. *Sed liberi modis omnibus legitimae partis et usumfructum et proprietatem* habere debeot, ut sancitum est in *N.* 18. *c.* 3. ubi eum diserte agatur de easu, quo liberi simpliciter heredes instituti sunt, dicendum videtur, liberos hoc easu proprietatem universam et usumfructum legitimae insuper habituros, etsi tum sane plus in summa, quam est in legitima, consequantur, qua de re vide diversum sentientes Auctores apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 1. Sed Curia recte censuit ita ut modo diximus, non habita ratione distinctionis quam Sandius suggerit, utrum liberi aliunde habeant unde vivant, an secus. Nam etsi Justinianus in *d. N.* 18. *c.* 3. reprehendens dispositionem Patris liberos ex sola proprietate scribentis heredes, loquatur, de *liberis interim fame forte perituris*, constitutio tamen est generalis, neque ex usu Juris est, leges figere atque refigere, pro diversitate circumstantiarum. Ex iisdem verbis, quod legitima *e substantia bonorum* praestanda sit, recte colligitur, filium, cui legitima solvenda, non posse praecludi a bonis immobilibus, nec etiam sola immobilia cogi accipere, sed de omnibus aliquid capere posse, modo tamen jure dici queat, aliquid in alterutro esse gravaminis; Nec si adsignatur in pecunia, neque de aestimatione bonorum causa querendi sit, statim videtur esse *gravamen*. Quod si tale gravamen, quo substantia legitimae diminuitur, sit adjectum, non datur hodie Querela, sed condictio ad supplementum legitimae; quod etiam obtinebit, si legitima in solo usufructu vel nuda proprietate sit relicta. *d. l.* 30. *C. h. t.* Sand. *d. l.* 4. *tit.* 7. *def.* 2.

13. (l) Sequuntur casus, quibus cessat Querela respectu Testatoris, quorum primus est, si *miles* sit, et quatenus habet privilegium testandi jure militari, non ulterius. *l.* 8. §. 3. *et* 4. *h. t.* Sed *in l. ult.* §. 1. *C. h. t.* non modo militibus in concreto, ut ita loquar, et ubique, sed etiam iis, qui habent peculium quasi-castrense, non solum testamenti factio, sed etiam Querelae exemptio concessa fuit; quae res Justiniano secundis curis displicuisse videtur; *Nov.* 115. *c.* 4. *in pr.* ubi constituit, liberorum testamenta Querelae parentum esse subjecta, si justas ob causas non sint exheredati, *quatenus habent testandi licentiam*: Aliter enim non suet termini habiles hujus constitutionis; neque tamen privilegium militare generalibus his verbis abrogasse Justinianum, sed jus antiquum hac parte retentum esse, videtur statuendum ex *d. l.* 8. §. 3. *et* 4. Alter casus respectu Testatoris est, *si bona mente* filium exheredet, non ut illi obsit, sed ut ei consulat. *l.* 18. *de lib. et post. hered. l.* 12. §. 2. *de bon. libert. l.* 47. *in pr. eod.* Casum habet Tryphoninus in *l.* 16. §. 2. *de Curat. fur. Potuit Pater*, ait, *et alias providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse et exheredasset filium*, scilicet prodigum, *eique quod sufficeret, alimentorum nomine ab eis certum legasset, addita causa necessitateque judicii sui.* Nec iis legibus derogatum est per *Nov.* 115. quae manifesto loquitur de exheredatione noxia ab iratis Parentibus facta. Necesse tamen videtur, addi causam et necessitatem judicii Testatoris, ut Tryphoninus monet. Nam alioqui praesumetur, sicut est, nocendi et excludendi animo facta exheredatio; quemadmodum de injuria dicimus, eam non praesumi animo jocandi vel bona mente, nisi probetur, esse illatam. Proinde minus tutum videtur, quod Sandius scribit *d. lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 3. *ex conjecturis colligi posse, exheredationem factam esse bona mente*: magis est, ut verbis expressis opus sit, nisi forte valde praegnantes et manifestae in oculis sint conjecturae. Caeterum, quod de Exheredatione bona mente facta legibus approbatum est, id sine dubio de gravamine legitimae, quo liberis consulitur, adjecto intelligendum est. Porro, datur et tertius casus, quo respectu Testatoris Querela cesset; quando Pater filio impuberi fecit testamentum eique dedit substitutum pupillarem: Tunc enim mater, etsi ne legitimam quidem habeat, Querela tamen uti non potest; qua, si filius ipse testatus esset, uti potuisset; adversus mariti ejusdemque Patris pupilli judicium lex ei non dat querendi remedium. *l.* 8. §. 5. *h. t.*

14. (m) Ratione temporis amittitur Querela, I. Si quinquennium sit elapsum, nam hoc spatio querelae praescribitur, *l.* 8. §. *ult. h. t. et l.* 34. *in fin. C. eod.* condictioni ad supplementum

(l) *Pos.* 24. *et* 25. (m) *Pos.* 26. *et seqq.*

idem tempus non praescribitur, ideoque illa durare videtur annos 30. per *l.* 3. *C. de praesc.* 30. *vel* 40. *an.*

Breviori etiam tempore perit Querela, si is, cui dabatur, mortuus sit antequam praeparaverat actionem sive Querelam actu aliquo judiciali, denunciatione saltem vel protestatione. *l.* 6. §. 2. *et l.* 7. *h. t.* Solus filiusfam. transmittit querelam ad heredem suum, si mortuus sit, dum heres scriptus deliberabat, *l.* 34. *C. h. t.* quam plerique, sed male, *indistincte* accipiunt, etiam Sandius 4. 9. 7.

S c o o l i u m.

Quasi scilicet valeat non tantum in filio, sed et in aliis, quibus querela competit, ante aditam hereditatem mortuis, transmittaturque non tantum ad suos, sed etiam ad extraneos, vid. Struv. X. 29. *vel etiam quasi semper filius transmittat suis, sive ante hereditatis aditionem sit mortuus, sive post eam. Quod videtur in mente habuisse Autor Sandium notans.*

Responsio.

Nescio, an recte mentem positionis nostrae perceperit Scholiastes: non in hoc consistit, quod putabam, Sandium et alios imprudenter illud indistincte *accepisse, quasi etiam ad extraneos heredes transmittendi jus sine praeparatione extenderetur, sed hoc volebam, illos* d. legem 34. *de suis heredibus* indistincte *accepisse; cum tantum loquatur de casu, quo suus heres decessit,* dum scriptus heres deliberabat, *ut etiam recte observavit Perezius ad* h. t. n. 13. *idque textus ipsius Lectio demonstrat et in positione satis declaratum est.*

N. A d d i t.

Potuisset omnem ambiguitatem evitare Autor, si in positione duobus verbis additis mentem suam proposuisset clarius. Hoc non facto, licebat sub locutione generali suspicari, quod etiam ad eorum sententiam respexerit, de qua citatus est in scholio Struvius. Neque tamen genuinam Autoris mentem omisi in scholio. Nam qui dicit, quod textus tantum loquatur de casu quo suus heres decessit, dum scriptus heres deliberabat, et reliquos notat, qui indistincte legem accipiunt, is utique eos intelligit vi oppositionis, qui docent, quasi filius semper transmittat suis, sive ante hereditatis aditionem (scil. heredis scripti et dum hic deliberat) sit mortuus, sive post eam, ut dixi in scholio. Igitur haec, quae omnino plana sunt, forte ideo dissimulavit Autor et maluit mihi imputare, quasi ipsius mentem non intellexerim, ut posset omittere scholium meum statim sequens, in quo ipsi ostenderam, quod non intellexerit mentem Sandii, quod adeo nunc appono. Dum enim Sandium etiam illis accenset, qui ita indistincte et male textum accipiunt, adjeceram; Dubito tamen, Sandium ab Autore diversum sentire, quod facile patet intuenti ejus verba: Querelam, *inquit*, inofficiosi testamenti filius exheredatus ad suam posteritatem transmittit *indistincte*, hoc est, sive praeparata sit, sive non sit. *Et haec etiam est mens Autoris, quod ratione praeparationis non sit distinguendum, Ita tum scripseram. Nunc in responsione praesente confirmatur haec mea assertio in verbis:* Sine praeparatione *etc. quae alias ad scholium prius nihil faciunt. Ergo expungendus utique fuisset Sandius in textu praelectionum, nec amplius illis, qui male textum accipiunt, fuisset jungendus.*

15. (n) Sequebantur casus quibus cessat Querela ratione causarum; quamquam propter has Querela non tam cessat, datur enim tum maxime, quam effectu caret. Verum de causis illis copiose diximus ad *tit. de exheredatione liberorum*, quae heic repeti nihil attinet; nec etiam versiculos memoriales, quibus causae tam filiales quam paternae et fraternae includuntur, utiles ad ediscendum tyronibus, sed ex positionibus notae sunt ac inde facile repetentur, ut sunt a nobis ab antiqua memoria emendati. Tantum, quia Scholiastes noster hic aliquid movit, placet positiones, quibus scholia subjecit, adjicere.

Ex his, inquam, causis una testamento nominatim inserenda; si tamen omissa sit, adhuc testamentum subverti, rescindi debet, *d. cap.* 3. §. 12. *in fin. et passim*, quod aliter quam per querelam fieri non potest.

S c h o l i u m.

Imo vero potest etiam fieri per remedium nullitatis, arg. l. 1. ff. de sent. quae sine appell. rescind. l. 2. C. de Act. empt. *item* §. 5. Inst. quib. mod. test. infirmantur. *Et notum est, Autores legum Codicis non ita accurate proprietati verborum studuisse, ut JCtos veteres* Conf. Struv. resolut. p. 182.

Responsio.

Nimis saepe repetitur haec objectio, cui abunde, ni fallor, satisfecimus ad fin. d.

(n) *Pos.* 30. *et seqq.*

tit. de Exhered. lib. *Si verba* Nov. 115. c. 3. *non satis valida sint ad excludendam nullitatis Querelam; multo minus certe nut illinc, aut e totn Juris analogia profertur, quamobrem nullitatem in casu exheredationis expressae, causa non expressa, admittere oporteat.*

N. Addit.

Etiam haec responsio superius in Nov. addit. ad tit. de Exhered. liberor. *examinata est, ubi ostendimus, indicium non optimae causae esse, quod Autor plane nihil respondeat ad observationem scholii, nisi verba indignantia.*

Quod sequitur, etsi jam superius collocatum, quia tamen a Scholiaste nonnulla moventur, repetitio non erit otiosa.

Causae graviores vel similes ejusdem generis videntur admittendae, non quae sunt diversi generis ab enumeratis. *Ex gr.* Qui se operis scenicis aggregat, exheredari potest, homicida non potest; contra, haereticus exheredatur, nonne et blasphemus? Qui novercam vitiat, potest, nonne et ea, quae se vitrico substernit? Procul dubio.

Scholium.

Malim simpliciter dicere, causas similes vel graviores etiam, nunquam admittendas. Conf. not. ad Strauch. IX. 39. p. 115. *etc.*

Responsio.

Etiam de hac Quaestione diximus ad praed tit. de Exhered. lib. *Quod blasphemiam non patitur ejusdem generis esse crimen cum haeresi, non habet rationem. Nam magna haeresis est blasphemia, pertinetque ad malum de Deo sensum, quanquam saepe aliquid addat haeresi. Qui profitentur atheismum, quod genus hominum mirifice augetur hodie, blasphemi sunt; ni tamen hos sub haereticis heic liceat complecti, valde me falli oporteat. Instantia de homicidio cum incestu comparata, nimis est inanis, quam ut responsum mereatur. Si corruptionem novercae et stuprum cum vitrico, non ejusdem generis, sed eamdem speciem esse vult, non multum in exitu aberit Scholiastes a sensu nostro, et fieri poterit, ut in extensionibus admittendis non magnopere discrepemus.*

N. Addit.

Ante omnia Scholia nostra, ab Autore non adeo tempestive abrupta, sunt integranda. Ita vero addideram de blasphemo: *Ego non puto, quia blasphemia est distinctum delictum ab haeresi et diversum genere. Et si blasphemia ad exheredationem sufficeret, sufficeret etiam homicidium, quia et hoc est delictum. Neque juvabit, si dicns, blasphemiam convenire generice cum haeresi, quod utrumque sit delictum in Deum immediate commissum, secus ac homicidium. Nam et homicidium generice convenit cum incestu filii et novercae, quia utrumque immediate in hominem committitur et gravius est incestu, uti blasphemia haeresi, ergo homicidium quoque ad exheredationem sufficiet, quod tamen nec Autor admittit: De* privigna, *quae se vitrico substernit, dixeram: Concedo, at hic casus non est gravior, nec similis, sed idem cum eo, qui* d. N. 115. c. 3. §. 6. *exprimitur*: argumento l. 1. ff. de V. S. *Jam vero judicet Lector, an instantia nostra de homicidio cum incestu comparato, nimis inanis sit, ut non mereatur responsionem. An non potius ea, quae pro salvanda sua opinione de blasphemia Autor attulit, talia sint? Certe, qui principia Juris Canonici vel primis gustavit labris, sciet, blasphemiam et haeresin esse distincta crimina, etsi saepe coincidant in uno actu, uti v. g. adulterium et incestus etiam saepe coincidunt. Atheus vero et haereticus adhuc magis differunt. Quod vero alterum exemplum de incestu privignae cum vitrico attinet, in eo a sensu Autoris abeo, quod ego deducam illum casum ex Novella per interpretationem declarativam, Autor vero doceat, etiam interpretationem extensivam habere locum in* d. Novella, *cui tamen repugnat verbum* dumtaxat. *Unde in exitu etiam recedo a sensu Autoris, quia ostendo, quod exemplum hoc non quadret ad ejus sententiam.*

16. (o) Addendum adhuc de Legitima; Imperator in saepe citato *cap.* 3. *in pr.* sancit, non licere Patri, vel matri liberos praeterire aut exheredare, *nec si per quamlibet donationem, aut legatum, vel fidecommissum, vel alium quemcumque modum, eis dederit legibus debitam portionem.* Unde apparet, non sufficere, liberos titulo particulari habere legitimam, quod olim sufficiebat, §. *ult. h.* nisi nec praeteriti, neque exheredati, hoc est, nisi *instituti* sint; Quo fine sufficit, scriptum esse in Testamento, *heres esto*; licet exigua assis particula adspersus aut cum re certa, quae legitimam nullo modo impleat, sit dimissus. *d. Nov.* 115. *c.* 5. *in pr.* Si enim minus legitima ex institutione omnimodo habeat, cessante

(o) *Pos.* 14.

querela, datur condictio, ex *l.* 30. *C. h. t.* ad supplementum legitimae. §. 3. *h.* Quod si amplissimo auctus legato, nec tamen heres sit dictus, querelam habebit. Differentiae ratio non exinde, quod institutionis titulus honorificentior sit, petenda videtur; sed quia, ut Justinianus rem considerat, termini habiles quaerelae deficiunt quando filius est institutus. Voluit enim praeterito aut exheredato hoc remedium dari, non scripto heredi. Atqui Veteres id modo spectabant, an pater necessitati naturae in legitima relinquenda satisfecisset; Quo facto, parum de titulo erant solliciti; quod visum aliter Justiniano. Institutionem quidem ille requirit; sed non, inquam, ut institutione expressa totam habeat legitimam. Nam et quae per modum legati aut donationis M. C. aut quolibet ultimo Patris judicio nactus est, ea in legitimam imputantur, item dos, donatio propter nuptias, *l.* 29. *C. h. t.* pecunia ad militiam ipsi emendam data. *l.* 30. §. *ult. eod.* Caeterum, cessare Querelam, si intra quinquennium post aditam hereditatem mota non fuerit, jam dictum est. *l.* 34. *inf. C. h. t.* Quod spatium condictioni ad supplementum legitimae ex *l.* 30. *C. h. t.* nusquam praescriptum legitur. Ideoque nullam causam esse monent Interpretes, ut breviori spatio quam triginta annorum, quod personalibus judiciis commune est, hanc condictionem terminari dicamus, *l.* 3. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* nisi contra scriptum sit, in *l.* 34. *in fin. C. h. t.* ubi nepoti datur Querela *vel condictio ad supplementum*, nisi pater ejus repudiaverit vel *quinquennium tacuerit.* In *pos.* 26. paulo secus scripsi; sed parum abest, quin verius sit quod verba prae se ferunt. *in d. l.* 34.

TIT. XIX.

DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

I. Differentia heredum. II. Quibus temporibus eum illis testamenti factio esse debeat. III. Effectus hereditatis adquisitae. IV. De jure deliberandi. V. De inventarii beneficio et incommodis neglecti ejus. VI. Non videri inter illa esse jacturam legitimae. VII. Commoda inventarii conficiendi. VIII. Quibus modis hereditas adquiratur. IX. Differentia inter suos et extraneos quoad adquisitionem. X. Quoad transmissionem, et quando extranei jus adeundi hereditatem transmittant. XI. Quid si furioso hereditas delata sit. XII. Jus memorabile de liberis. XIII. Quibus modis hereditas amittatur. XIV. Modi quibus amittitur jus abstinendi et repudiandi.

(a) Qualitas heredum ex eorum differentia colligitur; quae in summa est duplex, Necessarii, vel voluntarii heredes. Necessarii, qui coguntur esse heredes, sive velint, sive nolint, atque hi vel sunt tales dumtaxat, vel sui et necessarii simul. Necessarii tantum sunt servi, quos Romani a Dominis institutos, heredes invitos fieri voluerunt, ut si creditoribus heri satisfieri non posset, bona servorum nomine, voci acerbae praeconis subjicerentur, iisque praemium qualiscumque ignominiae, quae revera nulla erat, Libertas, et rerum postea quaesitarum irrevocabile dominium, nullis creditorum actionibus obnoxium, dabatur. *princ. h. t.* Sui et necessarii simul, erant Filiifamilias, qui primo *sui*, antiquissima appellatione dicebantur, quoniam proximi defuncto et in potestate ejus erant. §. 1, *h. t.* Ratio appellationis quia cum pater et filius eadem persona existimentur, filius patris heres existens, *sibi* quodammode ipsi *heres* fieri videtur, *αὐτοκληρονόμος*. quo, licet minus efficaciter, pertinet quod Imperator hic ait, ideo *suos* dici, *quia domestici heredes sunt*, etc. Iidem Necessarii vocantur, quod jure Civili ex XII. Tab. seu nolint quoque seu velint, heredes esse cogantur, exemplo servorum, in quos Patribus olim non minus fuisse potestatis, quam dominis in mancipia, diximus alias. Sed posteri diversam liberorum a servis rationem esse, merito judicarunt, quoniam his neque res neque dignitas ex bonorum distractione et aere alieno minuebatur, cum neutra praediti essent. Sed dedecus a mortuorum memoria ipsorum vitio contractum, derivare in liberos superstites, atque hos compellere, ut propria bona ob paterna debita perderent, id inhumanum erat. Quare Praetor Jus *abstinendi* in usum fori introduxit, quo Liberis subducere se paternae hereditati permittitur, ita ut nulla creditoribus actio patitioque adversus eos detur. §. 2. *h. t.* *l.* 57. *de Adquir. vel omitt. hered.* Haeredes voluntarii sunt, qui pro arbitrio hereditatem

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4.

vel adire vel repudiare possunt, iidemque extranei, quia non sunt *sui*, id est, domestici, dicuntur §. 3. Tales sunt omnes extra suos, adeoque etiam liberi emancipati, omnesque liberi matris et maternorum respectu, tum fratres omnesque sanguine juncti et alieni. *d.* §. 3.

2. (b) Cum his extraneis, ait Imp. in §. 4. debere esse Testamenti factionem; non quod cum suis eadem esse non debeat, sed quia non potest fieri, ut quisquam *suus*, non tamen capax testamenti factionis, hoc est, capiendi e testamento sit. Quis quibus modis aliquis desinit esse capax succedendi, iisdem quoque, si suus sit, desinet esse suus.

S c h o l i u m.

Ita Dd. communiter. Sed quod jus Codicis attinet, non puto, hanc assertionem universaliter procedere. Ad eos enim, qui nihil ex testamento capere possunt, retulimus in notat. ad tit. de test. ord. ad pos. 30. *etiam haereticos. Sed haeresin tamen jus suitatis non mutare, arbitramur*, argumento Nov. 115. *c.* 3. §. 14.

Responsio.

Sit haec igitur hactenus exceptio, si quis velit, quales in definitionibus juris in universum vix evitari possunt.

N. A d d i t.

Ego vero hanc exceptionem nolim genericae naturae regularum juris adscribere, sed quod sub Imperatoribus leges saepius magis ex impetu aut ad suggestionem hominum nec eruditorum, nec justitiae studentium, latae fuerint, praeprimis vero in doctrina haereseos. vid. dissert. nostr. de jure Princ. circa haereticos.

Jam duobus, ait Imp. temporibus debet esse cum extraneo testamenti factio, temporibus testamenti facti, mortisque Testatoris, medio tempore parum refert capax fuerit heres an secus; hoc amplius et cum adit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio; aditae autem hereditatis tempus non ponitur ut punctum; sed Imperator vult, non sufficere duobus illis temporibus heredem fuisse capacem, *nisi etiam usque ad aditam hereditatem capax manserit*, et sic *aditae hereditatis*, ponitur synecdochice, pro toto extremum, unde *totum* nomen habet. Igitur quod acriter disputat Vinnius, tempus aditae hereditatis, non ut ejusmodi extremum considerari, quale fuit facti testamenti et mortis, neque medium tempus inter mortem aditionemque fuisse innoxium, et ἀδιάφορον, recte id quidem; sed ego nec Justinianum; neque Tribonianum aliter sensisse puto: quia primo scribunt, *duobus temporibus inspicitur*; deinde *medio tempore inter factum testamentum et mortem testatoris* mutationem juris heredi non nocere tradunt; idem de medio tempore inter mortem aditionemque nullo modo affirmant, de quo proinde id neque existimarunt. Et res clara est, heredem non posse potiri successione, si uno post mortem Testatoris momento fuerit incapax hereditatis. Verissime igitur Vinnius, sed absque adversario, utique non eo, qui sit in textu. Et haec de pura heredis institutione; de conditionali tenendum, ibi tria spectari extrema, nempe praeter duo priora, tertium quoque, existentis conditionis; nam si medio inter mortem et conditionis existentiam fuerit incapax heres, si tamen sub ipsam existentiam vitium cessaverit, nihil ipsi ad hereditatem adipiscendam obstat. §. 4. *h. t.*

3. (c) Qui autem heredes fiunt, tenentur cunctis oneribus hereditariis, etsi bona superent, *l. ult.* §. 14. *C. de jur. delib.* est enim heres eadem persona cum defuncto, *l.* 59. *de R. J.* qui hereditatem, inquam, adquisivere, non quibus delata est: deferri diximus *supra* lege vel testamento; ut adquiratur mox dicemus.

S c h o l i u m.

Quid si ergo suus heres sit institutus, qui secundum pos. 23. hic, *ipso jure adquirit hereditatem, atque adeo in eo et delatio et adquisitio concurrunt? An et hic cogetur omnia debita, quae bona superant solvere? Post beneficium abstinendi sane hoc onus ipsi non potest imponi. Ergo Autoris assertio vel de jure veteri*, et *ante introductum beneficium abstinendi est intelligenda, vel ita dicendum*, qui hereditatem, inquam, adquisivere, aut ab eadem non abstinent, non quibus delata est.

Responsio.

Id e reliquis hoc titulo traditis facile collectum iri putabam. Non intercedo tamen quominus istuc observent et suppleant Auditores.

4. (d) Tam igitur suis jure Praetorio, quam extraneis absolute, hereditatem vel adire lucrosam, vel repudiare damnosam licet; Quod si dubitent, oneris an lucri plus in ea contineatur, dant leges spatium *deliberandi*, quod surrogatum est in locum antiquae *cretionis*, quae nihil quam solemnis aditio erat intra certum tempus facienda, quod Testator sub poena exheredationis praescripserat, qua de re Ulpianus *tit.* 22. §. 27.

(b) *Pos.* 5. (c) *Pos.* 6. (d) *Pos.* 7. *et seqq.*

Deliberandi tempus olim quidem in arbitrio Praetoris erat, modo ne minus centum diebus daretur. *l.* 1. §. *ult.* cum *l. seq. de jur. delib.* Postea certum tempus constitutum est, * *Anni*, quod etiam non petentibus ipso jure competit, hoc effectu, ut si heres delatae hereditatis certior factus intra annum moriatur, jus adeundi usque ad finem anni ad heredem suum transmittat. *l.* 19. *C. de jure delib.* Alioqui, nemine urgente aditionem, posse heredem, quamdiu vivit, adire hereditatem, utique intra annos 30. quibus cunctis actionibus praescribitur, *l.* 3. *et t. t. C. de praesc.* 30. *vel* 40. *an.* communiter probatur ex *l.* 9. *C. de jure delib.* Sane, urgentibus iis, quorum interest, non posse aditionem diutius anno differri, liquet ex *Nov.* 1. *C.* 1. §. 1. Dum deliberat heres, faciendum ei est ut omnia exploret, instrumenta hereditaria inspiciat, *l.* 5. *pr. de jur. delib.* rationes ab iis penes quos sunt depositae petat, *l.* 28. *de Adquir. vel omitt. hered.* res non durabiles vendat, debita onerosa dissolvat, *d. l.* 5. §. 1. impensasque faciat necessarias, *l.* 6. *et l.* 7. §. 3. *de jur. delib.* denique si filius sit is, qui deliberat, alendus ex hereditate est. *l.* 9. *eod.* Anno elapso, prorsus adire vel repudiare debet; nam tacendo in utramque partem se onerat, tam ut adiisse quam repudiasse intelligatur; adiisse in favorem creditorum, ut his obligetur, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* repudiasse in gratiam substitutorum aut legitimorum, ut hi successione potiantur; Cui enim bono alioqui tempus deliberandi certum praefigeretur, si diutius fructum deliberandi, libertatem, retineret? Quod si post deliberationem vel susceperit in se vel spreverit hereditatem, neutrum postea retractare potest; nemo enim potest hereditatem semel adquisitam repudiare vel repudiatam adquirere, *l.* 10. *C. de jur. delib. l.* 4. *C. de repud. vel abst. hered.* exceptis minoribus annis 25. §. 5. *h. t. l.* 7. §. 5. *de minor.* et militibus, propter emergens aes alienum grande. §. 6. *h. t.* Caeterum, de tempore deliberandi statuit novissime Justinianus (salvo Testatoris praescripto, qui brevius spatium injungere potest *l.* 72. *de Adquir. vel omitt. hered.* Sand. 46. 1.) a Principe quidem impetrari posse annum, a judicibus novem menses duntaxat *l. ult.* §. 13. *C. de jur. delib.* Idque non sine aliqua indignatione permittit, aegre ferens, quod non omnes neve ipsius beneficio malint esse contenti, quo longe pleniorem heredibus securitatem fecit in *d. l. ult.*

5. (e) Hoc est beneficium Inventarii, per quod Heres, si adire vel repudiare simpliciter nolit, potest, repertorium sive descriptionem omnium defuncti bonorum conficere per tabularios, praesentibus cum legatariis, tum maxime creditoribus, quos citari oportet, (iis enim, qui vocati non sunt, beneficium hoc, caetera validum, non obstat. Sand. *l.* 4. *tit.* 12. *defin.* 4.) si non venerint, tres adhibendi testes: *Nov.* 1. *c.* 2. §. 1 Ipse heres subscribere debet, addito, quod nihil subtraxerit. *d. l. ult.* §. 2. *et* 3. Inchoari debet hoc inventarium intra dies 30. ex quo scivit hereditatem sibi delatam et diebus 60. sequentibus absolvendum. vel si absint heredes, intra annum a prima scientia; haec ita exacte sanciuntur in *d.* §. 2. *et* 3. et cum solemnia legum examussim servanda sint, non video, qua ratione Dd. sufficere tradant, si inventarium, licet post diem trigesimum inceptum, intra nonagesimum perficiatur; tametsi Statuto ejusmodi mutationem bono exemplo stabiliri posse nemo neget; sed interpretari, aliud quam condere legem est. Praecipue autem *bona* defuncti redigenda in inventarium *d.* §. 2. etiam sane aeris alieni capita, at non tam necessario; omissio enim aliquorum ex his minime perinde inventarium vitiat ac quorundam ex bonis. Sand. *d. defin.* 4. Justiniani scopus fuit, novum hoc *Inventarii* inventum ita elaborare, ut sine exceptione publici usus et saporis fieret: adeo luculenter hujus beneficii fructus atque effectus dedit, quorum hi sunt praecipui. Primus, quod heres, inventario facto, non modo legatariis, sed nec creditoribus ultra vires hereditarias teneatur, cum alioqui heredem ex persona defuncti in solidum obligari constet *d. l. ult.* §. 4. Alterum inventarii beneficium, quod heres ea, quae defunctus sibi debuit per confusionem non amittat, ut alioqui fieret, sed perinde suum, ac reliqui creditores, servare possit. *l. ult.* §. 9. Tertium memoratur beneficium, quod heres legatariis quartam Falcidiam deducere queat; sed hoc revera non est inventarii beneficium, quia et antehac dudum heredes deductionis illius copiam habuerunt; sed habetur pro tali, quatenus omissio inventarii privationem Falcidiae infert. Nam ut necessitatem Justinianus universis imponeret Inventorium conficiendi, quoties non admodum liquida hereditas

(e) *Pos.* 14. *et seqq.*

* Decisio Electoralis 57. pariter beneficium deliberandi ad annum civilem, non Saxonicum restringit, verb. *das* Spatium deliberandi annum, *so ihm die Rechte verstatten*, *und auf* 52. *Wochen zu rechnen ist.* Ex qua decisione quoque apparet, heredi apud nos integrum esse, etiam jam aditam hereditatem, intra annum deliberandi, repudiare, licet inventarium non confecerit, modo specificationem rerum hereditariarum judicialiter insinuet, et ad eam juramento suo confirmandam se offerat, Phil. *ad d. Dec. Obs.* 1. *n.* 3.

obtigisset, tria sanxit neglecti inventarii incommoda, * e diametro beneficiis sive commodis modo recensitis contraria, ex quibus tamen unum tantummodo novum et ex ipsius constitutione oriundum est. *Primum* est, quod heres creditoribus hereditariis plane satisfacere, etiamsi bona exhausta sint, cogatur: id olim in omne herede, qui agnovisset hereditatem, obtinuisse notissimum est *d. l. ult.* §. 1. sed legatariis, nec olim nec hodie, neglecto licet inventario, plus quam est in hereditate, debetur, §. '. *infra de singul. reb. per fideic. relict. l.* 1. §. 7. *ad Sc. Trebell.* (1) Item *alterum*, quod heres confusione suas in defunctum actiones amittat. *l.* 75. *de Solut.* Sed *Tertium* est verum noviterque excogitatum incommodum; ut heres non facto inventario, legatariis quoque in solidum teneatur, neque Falcidiam exercere possit. *l. ult.* §. *pen. N.* 1. *c.* 2. Idem de Trebellianica statuendum esse, plerique concedunt, quoniam ad hanc a Falcidia, cujus exemplo reperta est, §. 5. *I. de fideic. hered.* plerumque tuto argumentari licet, et Imp. in dictis textibus fideicommissarios cum legatariis jungit: Imo et Trebellianicam satis constat sub nomine Falcidiae comprehendi, ut in *l.* 11. *de Leg.* 1. *l.* 30. '. 7. *ad L. Falc.* §. 3. *I. Quib. mod. Test. infir.* Adeo ut appellatio Quartae Trebellianicae, non tam a Juris conditoribus, quam Interpretibus introducta et usurpata sit. Sic etiam antehac a me scriptum fuit: sed discere et id praeferre me nunquam puduit: Ex facto consultus intellexi, verissimam esse viri sapientis inter paucos, Gailii sententiam; scil. nullam esse causam, textus, qui de sola Falcidia respectu legatorum loquuntur, extendere ad Trebellianicam. Heres fuerat scriptus et fideicommisso post mortem conditionali gravatus. Hereditas erat locuples; ideoque de beneficio inventarii non cogitaverat. Mortuus erat et extiterat conditio. Ejus Heres Quartam deducere volebat; objecta fuit omissio inventarii; de qua nemo in hereditate opulenta cogitat, ex qua nil nisi post mortem, incerta conditione decedet; putavi id iniquum esse, nec dubitavi, quin legibus standum esset, quae de Falcidia deque legatis solis loquuntur. Gail. 4. *observ.* 38. 6. Quin etiam liberos Inventarii neglecti poenam sustinere hanc, quod ne Legitimam quidem servare possint, crebro recentioribus visum est, dissentientibus Bartolo aliisque veteribus, item Fachinaeo 6. *contr.* 24. aliisque hujus seculi paucis, quorum magis mihi sententia arrisit semper. Id ante omnia tenendum, respectu creditorum non esse locum quaestioni. Adversus hos enim filium servare non posse legitimam, adeo certum est, quam notum, de legitima prorsus verba non fieri, antequam dimissi sunt creditores. *l.* 8, §. 9. *de Inoff. test.* Quaestio dumtaxat est, an Legatarii filio, qui aes alienum omne dissolvit, legitimam actione legatorum auferre possint. Negandum censeo, quia numquam potest fieri, citra exheredationem, ut per dispositionem Testatoris Legitima tollatur. *l.* 32. *C. de inoff.* Legata autem sunt dispositiones Testatoris. Tu dices, legis hoc opus est, non gravamen Testatoris; Sed ne lex quidem potest tollere legitimam sine ullo merito filii. Posito tamen, id posse legem, falsum est velle, nusquam liquet. Scopus legis est, heredem, qui supersedit inventario, relinquere in vetustis heredum oneribus, *l. ult.* §. 14. novorum onerum nihil addit, nisi quod Falcidiam diserte ademit. Quis docuit nos a Falcidia argumentari ad legitimam, cujus multo justior ratio, major sine comparatione necessitas? Quis tam enormem in nova constitutione toleret consequentiam nulla ratione nixam? Quin vide textus; Lex sancit, eum qui inventarium neglexit, *debitis hereditariis in solidum teneri*. ut *in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur, etc.* §. 14. addito *Falcidiae* commisso, nihil praeterea. Neque porro in *Nov.* 1. *cap.* 2. aut verba aut mentem esse de legitima, patet ex *princ.* et ex *fine*. In *princ.* habetur, causam sanctioni dedisse fraudem heredum, per quam evenit, ut Falcidiae locus fiat, cui alioqui non esset locus, quia salva quarta fuisset; atqui legitimae nunquam non potest esse locus, ut notum. In *fine* est; *Si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est Testatoris valere sententiam.* Haec nullo modo cum legitima constare possunt, quia hanc a Testatore non posse prohiberi, nota res est

(1) *Verius tamen dixeris, heredem, qui non confecto inventario adivit, teneri ut solvat integra legata, licet vires hereditarias excedant. Non enim tantum vult Imperator ut non retineat Falcidiam, sed addit, eum compellendum esse integra legata solvere, licet purae substantiae morientis transcendant mensuram*, Nov. J. C. 2. *quod frustra adjecisset, si tantum Falcidiam retinere non posset.*

* Quae evitare queunt in Saxonia, si juratam exhibeant specificationem, ea enim instar inventarii est Jure Saxon. Communi. *a. LR. l.* 1. *art.* 6 Richter. *Dec* 60. *n.* 8. Coler. *de Proc. Execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 427. *Id. p.* 1. *Dec.* 68. *n.* 2 et Electorali, *Dec. El.* 21. et 57. *j. Lorgouisch. Ausschreib.* rubr. *welcher gestalt die* Agnaten §. *Dieweil aber dennoch diejenigen* Philip. *ad d. Dec.* 57. *Obs.* 1. *n.* 10. Carpzov. *Decis.* 25 *n.* 33. *Id. P.* 3. *C.* 38. *d.* 18. Imo ea eadem ratione quilibet inventarii defectus hodie juramento suppletur; Carpz. *P.* 3. *C.* 53 *d.* 6 conf Mev. *Jur. Lubec. P.* 2. *t.* 2. *n.* 27. 59. quod juri quoque civili non adeo incognitum fuisse videtur, *l.* 22. §. 10 *C. de jure delib.*

Postrema ratio; In eadem *Nov. cap.* 1. *et* 4. statuitur, si heres intra annum Legata non solvat, eum cadere hereditate, quemadmodum in *cap.* 2. nostraque specie, cadit beneficiis inventarii. Tamen et in *cap.* 1. *et in* 4. Legitima heredibus conservatur, nisi cum ab intestato successio sit. *d. cap.* 1. *in med.* Quid caussae est, quare in poena inventarii omissi non aeque salva sit Legitima, quam in poena Legati ois annum non soluti? An quia poena repertorii infecti totam hereditatem adeoque et Legitimam exhaurit? Quasi non eadem ratio in altera poena esset, ubi, quod tota hereditas perditur, nihil impedit, quominus Legitima remaneat. Atqui hoc unum fere contrariae partis fundamentum est; Neglecto inventario, heredem ultra vires hereditarias teneri, unde Legitimae spes nulla conservandae. Putem resolute posse dici, primo, id respectu creditorum obtinere, quibus in infinitum tenetur heres, nec magis Legitimae, quam reliquae hereditati parcitur: Legatario heres nunquam ultra vires hereditatis tenetur, ut *modo* probavimus. Id ex verbis *l. ult.* supra citatis liquet. Dein, si heredes quoque non facto inventario legatariis tenentur ultra vires hereditatis, non verebimur respondere, id excepta Legitima intelligendum. Nen tu insolentem dicas exceptionem; quia non minus insolens videretur a poena hereditatis amittendae in *cap.* 1. *et* 4. nisi expressa foret. Instas, hic non excipi? Dicam, sua satis natura illam excipi, quia tolli secus quam ob ingratitudinem non potest; abundeque sufficit, quod nusquam inter poenas inventarii omissi recenseatur. Repeto, nullam fuisse cogitationem Justiniani in *d. l. ult.* aut in *hac Nov.* 1. *c.* 2. Legitimam ut involveret, quia, cum nominatim de Falcidia loqueretur, satis sciebat, neminem debere esse tam imperitum, ut eum casum intelligeret, quo Falcidiae termini habiles desunt. Sed in his, quibus Legitima debetur, Falcidia absolute cessat, quia haec non aliter, quam ubi quarta deficit, obtinet, is vero, qui legitimam sumit, multo quidem plus habet: Plane ut non modo nectendae ratio consequentiae desit, sed et ratio ejus quod expressum est cum eo, quod inesse volunt, maxime pugnet atque collidat. Sed adhuc urgetur, quod sit igitur incommodum filii inventarium non componentis? *Primo*, ut creditoribus in infinitum teneatur, dein, ut quod sibi a parente debetur, amittat. Quid si aeris alieni parum, sui nihil inveniat heres? Palam ex his, quae diximus, est, nullam esse poenam favore legatorum. Etenim multo justius est legata pro quarta minui, quae lex jubet, minui, licet inventarium non extet, quam legitimam penitus tolli, quam lex minui, nedum tolli tam rigide vetat. Una superest in contrarium ratio; quod poena inventarii neglecti rationem habeat hanc, fraudem heredis praesumptam, qui satis sibi prospexisse creditur: eaque praesumptio perinde locum in filio ratione legitimae, quam extraneo quoad Falcidiam, habeat. Responsio in promptu est, praesumptionem hanc non posse latius operari quam rei veritas operaretur, sed *deprehensus ἐπ' αὐτοφώρῳ, in ipsa fraude* heres, non aliter quam duplo mulctatur, minime vero jactura legitimae, nedum beneficio inventarii, *d. l. ult.* §. 14. tametsi aliter in praxi et more Frisici fori obtineat, teste Sandio *Defin.* 6. *ejusd. tit.*

7. Porro interea dum heres conficit inventarium, res jubet, ut creditores molestiam ipsi creare caveant. *l. ult.* §. 11.* Ipse interim solvet ex bonis hereditariis impensas funeris actuumque judicialium et similia, quae moram non patiuntur, §. 9. deinde creditoribus secundum juris ordinem quatenus vires ferunt hereditariae, satisfaciet, modo liquidus satis ille sit ordo; Nam si creditores de πρωτοπραξία contendant palam est, heredem ejus rei non esse arbitrum, sed ad judicem recurrendum. Sin ordo non sit controversus, heres iis creditoribus, de quibus constat, exsolvat; nec ab aliis postea supervenientibus conveniri potest; sed hi legatarios aut creditores, quos ipsi praecedere debuissent, compellare jubentur, in quem usum est condictio ex lege. *d. l. ult.* §. 5. 6. 7. 8.

8. (f) DE HEREDITATE ADQUIRENDA. Quid et quales sint Heredes, postquam abunde dictum, claudit Imperator Testamentarium tractatum notabili doctrina Adquirendae hereditatis, quod et ipsum momentum, in quo successoria Lex adquiescit Ubi enim adquisitio hereditatis semel jure constat, dici potest, quod desinat hereditas mortui, et incipiat esse patrimonium viventis. Defertur hereditas, ut dictum, alias, duobus modis, Testamento vel lege: delata ubi est, adquiritur. Unde apparet, hoc caput, de Adquirenda, commune esse tam legitimae quam Testamentariae successioni; adeoque naturaliter post utriusque tractatum, etiam de heredibus ab intestato, sequi debuisset. At cum toties suorum et extraneorum, qui ipso jure, quique adeundo fierent, heredum mentio facta sit; non debebat articulus adquirendi hereditatem, unde

(f) *Pos.* 23. *et seqq.*

* Jure Romano intra novem dies conveniri non poterat, *N.* 115. c. 5. §. 1. In Saxonia triginta dierum mora vel non petenti relinquenda est, *Land-R.* L. 1. a. 15. conf. Struv. *Jurispr. L.* 2. t. 23. §. 9.

potissimum differentiae illae pendent, diutius celari tyrones, qui nullo negotio haec cum de legitima successione agetur, ἀπὸ κοινοῦ repetere possunt. Adquiritur, inquam, ipso jure vel facto Hereditas: *ipso jure*, id est vi immediata legis, ut nullo ad hoc hominis dicto vel facto sit opus: ita *a suis*, de quibus antea dictum, adquiritur. *l.* 14. *de suis et legit. hered* *l.* 11. *de lib. et posth. l.* 1. §. 7. *Si quis omiss. caus. Testam.* Extranei hereditatem adipiscuntur Facto aditionis, eoque duplici, declaratione verborum, aut rebus gestis: illam vocare licet aditionem in specie, hanc pro herede gestionem. *l.* 25. §. 7. *de adq vel omitt. hered. l.* 18. *pr. ad L. Falc. et l.* 20. *pr. et* §. 1. *de Adquir vel omitt. hered.* In utroque facto requiritur animus heredis, quo sensu in *l.* 20. *pr. eod. pro herede gerere* dicitur, *non esse facti*, *quam animi*, id est, magis spectandum, quo animo, quam quid fiat. Multa enim pietatis custodiaeve causa aguntur, ut *ibidem* declaratur: imo fieri potest, ut animus heredis adsit, ubi nullae res hereditariae attinguntur, si quae non sunt, eas putet esse tales, *l.* 88. *de adquir. vel omitt. hered.* juncta 21. §. 1. *eod.* Quia autem sui jam ultro sunt heredes, neque ad effectum aliud quam immixtio deest, (termini ita usurpantur, ut sui miscere semet, extranei adire dicantur) facilius colligitur animus heredis, in suis ad confirmandam qualitatem quaesitam, atque in extraneis ad novam adquirendam. Hinc si filiusfam. Patrem sepeliverit, opus ei sit testari, quod animo heredis non faciat. *l.* 20. §. 1. *d. tit.* In emancipato pietatis praesumptio, quam heredis, erit proclivior. Ita suus heres implendo conditionem, sub qua institutus est, animum heredis manifestare videtur, *l.* 86. §. 1. *de hered. instit.* quod de extraneis haud periode affirmandum. *l.* 1. §. 1. *de condict. caus. dat. c. n. sec.* Non valet etiam aditio, nisi fiat cum certa scientia, scil. delatam esse hereditatem, pure sit heres an sub conditione, testamento an ab intestato. *l.* 13. *et seqq. l.* 32. §. 1. *de Adquir. vel omitt. hered. et l. seq.* Denique non pro parte, sed in totum fieri debet *aditio* *l.* 1. *et* 2. *d. t.* Sed utrum hoc sciverit, an secus, nihil refert, quia pro parte facta fit ipso jure totalis aditio per *d. l.* 1. *et* 2. *et l.* 7. *de R. J.*

9. (g) In suis heredibus res aliter se habet, Differentia in effectu duplex est, Adquisitionis et Transmissionis. Adquisitionem quod attinet, sui heredes eodem momento, quo defunctus expiravit, fiunt domini rerum paternarum, adeo ut non tam mutari dominium, quam continuari videatur, *l.* 11. *de lib. et posth.* unde liberi jam vivo patre quodammodo domini fuisse dicuntur. §. 2. *h. t.* Extranei vero non fiunt domini priusquam adierint; et quidem domini duntaxat, possessio tam in illis quam suis, non nisi per apprehensionem adquiritur, *l.* 23. *pr. de Adquir. vel amitt. poss.* tametsi quoad effectum usucapionis inter defunctum atque heredem continua non interrupta possessio intelligatur, *l.* 30. *Ex quib. caus. maj.* idque hodiernis moribus passim in universum fere obtinuit, ut possessio juncta dominio absque nova apprehensione translata intelligatur. Gail. 2. *obs.* 52. Perez. *ad tit C. de Adquir. poss. n.* 7. *

10. (h) Alterum discrimen inter suos et extraneos heredes consistit in jure transmissionis. Nam sui, hereditate sibi delata morientes, transferunt suum jus in heredes proprios, etiamsi nescIverint sibimet ipsis hereditatem fuisse delatam, *l.* 3. *C. de jur. delib. l. un.* §. 5. *C. de caduc. toll. l.* 9. *in pr. de jure fisci*; non tantum in liberos suos, *l.* 7. §. 1. *de Adquir. vel omitt. hered.* sed etiam extraneos, *l.* 9. §. 1. *de Reb. dub. l.* 9. *de jur. Fisc.* sed extranei non aliter transmittunt jus succedendi in heredes, quam si adierint hereditatem, *d. l. un.* §. 5. nec quidem jus deliberandi transmittunt, ad quod scientia diserte requiritur, *l.* 19. *C. de jur. delib.* idque eodem modo traditur a Sandio *lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 1. Ratio hujus differentiae pendet ex eo, quod *supra* diximus, *suos* heredes ipso jure sine facto adquirere hereditatem; extraneos facto aditionis, vel pro herede gestionis duntaxat. Quilibet autem jus adquisitum in heredes proprios transmittit; non adquisitum, quod non habet, inquam, nullo modo transmittere potest. Hactenus tamen recessum est ipso jure civili ab his regulis; quod liberi omnes, etiamsi non sint in potestate, adeoque non sui, jus hoc immediatum transmittendi habeant in suos iterum liberos, non aeque in extraneos heredes, ut plerique accipiunt *l.* 11. *C. de suis et legit. hered. l. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Ex his sequebatur, eos, qui non possunt adire vel pro herede gerere; hoc est, qui nequeunt induere atque

(g) *Pos.* 28. *et seqq.* (h) *Pos.* 30. *et seqq.*

* Ita moribus Saxoniae quoque obtinere, et possessionem ad heredes ipso Jure transire, existimat Carpzov. *dec.* 225. *n.* 22. *et P.* 3. *C.* 9. *def.* 29. *n.* 6. Sed sicuti mores Germanorum generales hic jus civile non mutarunt, vid. Gail. *L.* 2. *Obs.* 152. *n.* 3. *Disp. de transition. poss. in heredem*; ita quoque sententia Carpzovii nec consensum Doctorum, nec Praxin fori constantem invenit. vid. Berger. *Elect. Proc. Possessor. th.* 29.

praeferre animum heredis, quales sunt furiosi ac infantes, etiam non posse transmittere jus hereditarium in proprios heredes: praeter solos liberos in suas proles: nec enim aditio vel pro herede gestio potest aliter fieri quam cum animo consilioque suscipiendi qualitatem heredis *l.* 20. *ff. de Adquir. vel omitt. hered.* Nec quidem per tutores Curatoresve suos hoc jus transmittendi perpetrare possunt infantes dementesque: Nam illi quidem aditionis officio funguntur, hactenus, ut administrationem bonorum habeant, non etiam, ut hereditas iis adquiratur iisque mediis in alios transferatur; textus in *l.* 5. *C. de Jur. delib.*

Secundum haec δικαιον juridiceque, si quidquam aliud, disserit Sandius in *lib.* 4. *tit.* 8. *defin.* 9. Mater filium furiosum heredem instituerat, eique sorores duas liberosque tertiae defunctae substituerat: testatrix diem suum obiit, et post etiam filius in furore e vivis abiit. Oborta est quaestio inter substitutos de praedio Omlandico, quod erat inter bona, quodque secundum jus ejus loci non est subjectum testamenti factioni, ideoque secundum ordinem intestati deferendum erat proximis; sed proximae furioso novissime defuncto erant materterae, non consubrini; Respondit tamen Sandius, consobrinos pariter admittendos, quia successio praedii illius regenda erat cum respectu ad matrem furiosi, licet ante defunctam, eo quod furiosus non potuerit hereditatem adquirere cum effectu transmissionis, sensu animi ad id necessario carens. Rationibus utitur iisdem Sandius, quibus modo nos in universa demonstratione usi fuimus, eo quod furiosus non habeat *animum* heredis, ideoque *cum in furore decedit, nihil ei quaesitum intelligitur*, inquit. Proinde quoties decessit aliquis impos rationis aut quoties qui sui compos, nulla signa voluntatis animique sui edidit; non potest transmissio hereditatis ad eos fieri, qui ultimo defuncto sunt proximi; sed qui proxime contingunt eos, a quibus hi bona prius adepti sint. *Inspicitur*, inquit Sandius in eo casu, *quis tempore mortis furioso proximior sit, non ipsi furioso, sed ejus parenti.* Sandius hunc casum definitionemque vocat *rarum*, ideoque notabilem. Forte rara dici potest haec species in furioso; at in infantibus, quorum intuitu prorsus eadem ratio esse videtur, et de quibus plerique textus juris, queis Sandius utitur, aeque agunt, nihil est frequentius.

Jam velim quisque secum reputet, quid omni die fiat in mortibus infantium, adde furiosorum. Nemo dubitat, quin illi successionem ad eos, qui ipsis proximi sunt, jure transmittant, si vel unius horae spatio vel minutulo infans post matrem puerperam spiraverit, ita servamus, docti indocti, ut patres hereditatibus augeantur, neque patres tantum, sed si a latere paterno sint alii propinquiores quam maternae lineae, successio sine controversia vadit ad propinquiores. Saepe, fateor, haesisse me inter juris tam certi clarique dictamen, et praxeos tam indubitatae observantias, sine Statuto intermedio, contrariantes. Videamus, an non ad aliquam partem concordiae res adduci queat: utique si probabiliter usus fori nostri e legibus adstrui possit, non oportet nos esse difficiles in concilianda praxi cum theoria, saltem hactenus, ut ex interpretatione legum, sive recte sive minus bene accepta, communis opinio orta videatur; quam alioquin ex mera juris ignorantia natam esse oporteret.

Lex unica *C. de His, qui ante apert. tab.* dictat, liberos a Parentibus *scriptos heredes, sive se noverint scriptos, sive ignoraverint, in liberos suos, cujuscumque sint gradus vel sexus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere.* Sed haec constitutio needum sufficit ad observantiam praxeos nostrae, quia tantum loquitur de transmissione liberorum paternae hereditatis in suos liberos; non etiam in parentes suos aliosve propinquos; et dein non agit de successione ab intestato, de qua noster usus vel maxime idem jus introduxit. Lex 11. C. *de suis et legit. hered.* sic ait; *Si matre superstite filius vel filia, qui quaeve moritur, filios dereliquerit, omnimodo patri suo matrive suae ipso jure succedant; quod sine dubio et de pronepotibus observandum esse censemus.* Hoc titulo agitur de successione ab intestato, et rotunde dicitur, liberos omnes suis parentibus indistincte *ipso jure* succedere; consequenter aditio ad adquirendam transmittendamque hereditatem non est necessaria, secundum *l.* 14. *ff. de suis et legit. hered.* Scio, multos non posse in animum inducere, ut credant, in ea constitutione tribus verbis aboleri discrimen inter suos heredes et extraneos, quod ad hereditatis aditionem atque transmissionem attinet; aliterque *d. legem* interpretari, verba scilicet, *ipso jure*, significare, quod sine cretionis solemnitate, quae hodie sublata est, et citra bonorum possessionem immediate heredes fieri possint, ut est in *l.* 3. *C. ad. Sc. Orfit.* Ita Perezius ad *tit. C. de Sc. Orfit. n.* 5. Non fuerim alienus ab ea sententia, quod per *d. l.* XI. noluerint Imperatores, adquisitionem transmissionemque hereditatis sine aditione stabilire; sed mens eorum esse videtur, ut doceant, quod liberi parente superstite decedentes, non parentem, sed liberos habeant successores nullo judicis officio implorando, ut docetur in *d. l.* 3. Verba *ipso jure* facile contenta sunt hac explicatione, cum quo hic confer *l.* 1. *ff. de curat. fur.* Ex ea tamen lege XI. natam esse praxin nostram modo expositam, certo propius est, idemque colligit inde Faber *in Codic. lib.* 6. *tit.* 21. *def.* 29. *in*

fin. sed ultra liberos parentibus succedentes, non memini quicquam in jure civili me legere, quod transmissionem hereditatis absque aditione vel pro herede gestione probet, ideoque in caeteria valet, quod est in *l.* 5. *C. d. jure delib. Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria; nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit adquirere.*

11. De furioso est specialis constitutio in *l. ult.* §. *tali.* 7. *et seq. C. de Curat. fur.* recentior *d. lege XI. C. de suis et legit. hered.* In hanc sententiam; si furiosus in furore diem suum finierit, hi venient ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei, *si non in medio esset furiosus*, cujus ideirco aditio vel adquisitio nulla intelligitur esse; Et haec est proprie dicta species a Sandio in saepe laudata *decisione tit.* 8. *lib.* 4. definita, licet rationes, quibus utitur, infantibus aeque et exacte conveniant. Curia non finivit eam quaestionem apud Sandium; sed ipse, et alius Senator, arbitri compromisso electi. Sed apud Gajum Nautam in decisionibus MSS. reperio similem speciem contrario modo ab ipsa Curia definitam die *XXV. Martii* 1645. inter *Theodorum Fogelsang* cum sociis, contra *Oricum a Doyem cum suis sociis.* Res meretur ut speciem subducamus, praecisis, quae nihil huc pertineant, circumstantiis. *Dodonaea ab Aysma* reliquerat tres liberos prioris et duos posterioris matrimonii; Ex illis unus *Renicus a Doyem* mente captus seu furiosus, in eo statu brevi post matrem decesserat. Hujus partem nati ex eodem conjugio, tanquam fratris germani, sibi vindicabant; posteriores dicebant, se respectu matris aeque propinquos esse, matrisque, non furiosi filii propinquitatis rationem esse habendam, auctoritate Sandii juribusque supra deductis nitebantur. Ad haec Nauta, verbis e vernacule versis sic ait, *Curia existimans furiosum pro infante habendum, nec aditionem vel immixtionem in eo requirendam, aequiperavit eum infanti statim post matrem suam mortuo*, cum fuerit *suus aut ad minimum ipso jure heres.* Proinde pars furiosi fratribus atque sororibus utrinque conjunctis adjudicata fuit. Quid respondendum sit ad *d. l. ult.* §. 8. *C. de Curat. fur.* quae est Justiniani et recentior caeteris legibus, quae de liberis *ipso jure* succedentibus loquuntur, non suggerit Nauta. Sed procul dubio sic visum est *Dominis*, constitutionem *d. l. ult.* §. 8. accipiendam esse de furiosis succedentibus aliis quam suis parentibus, quemadmodum sane de parentibus nihil in textu; verum de successione furiosi simpliciter agitur. Adquiescendum igitur in hoc videtur; ita receptum esse in Foro, secundum jus civile, vel tanquam exinde, liberos adquirere paternam maternamque hereditatem sine ullo facto et ipso jure, consequenter etiam furiosos (de his primo) transmittere successionem ad eos, qui sunt ipsis proximi. Tu dices: Lex XI. quae est fundus unicus huic sententiae, tantum agit de successione ab intestato; de casu testati nihil decretum; ergo in hac specie, antiqua standum regula. Responsio est; Rubricam esse quidem de successione intestati, sed verba textus sunt generalia. Denique liberi, de quibus solis loquitur, semper etiam jus ab intestato succedendi habent, etsi testamentum reperiatur factum. Ideoque sanctio hujus loci, testamento condito, excludi non videtur. Verum, quod attinet ad hereditates furiosis delatas a collateralibus, numquid in his idem statuemus, an vero has non adquiri neque transmitti dicemus, nisi per aditionem vel pro herede gestionem? Vulgo equidem opinantur, furiosorum bona generaliter et promiscue devolvi ad eos, qui sunt ipsis proximi: Sed palam est, eam esse credulitatem, nulla, ut puto, ratione vel lege subnixam. Proinde in collateralibus valebit indubitata regula, quam habet *d. l. ult.* §. 8. *C. de Curat. fur.* adquisitionem transmissionemque non fieri sine heredis animo et voluntate; proinde si cui recepta videatur diversa consuetudo, huic reponemus dictum. *l.* 39. *ff. de legibus*: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.* Ergo et in hoc casu; cum hereditas furioso extra liberorum numerum delata est, qui nullum suae voluntatis edidit signum, non dicemus, hereditatem ab illo adquisitam esse, verum successio devolvetur ad eos qui proximi sunt his, qui hereditatem illi reliquerunt, per *d. l.* 5. *C. de jur. delib.*

12. Sed de liberis habemus constitutionem memorabilem in *l.* 18. *C. de jur. delib.* Sunt vel infantes, vel majores infantia. Infantes habent Patrem vel non habent. Pater adire potest hereditatem maternam vel quamvis adventitiam cum effectu transmissionis. Si non adierit ac infans moriatur, etiam emancipatus, pater adquirit tamen hereditatem. Si pater non sit, Tutor infantis aditione cum effectu transmissionis fungi potest. Si Tutor non sit vel is adire neglexerit, hereditas defertur ita, *quasi ab initio non esset ad infantem delata.* Pupillus infantia major ipse adire debet, alioqui non fit transmissio, deque illo videtur accipienda *l.* 5. *eod. tit. C. de jur. delib.* Hanc legem quominus pro jure certo in foro nostro habeamus, causam nullam video. Verum exinde tamen refellitur, liberos matri ipso jure succedere cum effectu transmissionis, quod vulgo probatur ex *l.* 11. *C. de suis et legit. hered.* quae est ab iisdem Impp. a quibus est haecce *l.* 18.

13. (i) Quemadmodum adquisitio in extraneis fit per aditionem, in suis effectum habet per immixtionem; Ita amittitur Hereditas in extraneis *Repudiando*, in suis, non ipsa, sed commoda et onera ejus removentur *Abstinendo. h.* §. *ult.* Repudiatio fit exemplo aditionis, ut contrariorum solet esse eadem doctrina. Ab illis enim et eo tempore potest repudiari, quando et a quibus adiri potest Hereditas; nempe ab iis qui certo sciunt ex testamento an ab intestato, pure an sub conditione, necessarii an voluntarii sint heredes. *l.* 13. *et seqq. l.* 32. §. 1. 2. *et ll. seqq. de adq. vel omitt. hered. l.* 76. *de R. J.* Ex quibus liquet, aditionem aut repudiationem ab illis factam, qui eo modo certi non fuerant, pro non facta haberi, neque prodesse aut nocere auctoribus, quamvis in arbitrium collata sit conditio. Denique nec is etiam, qui sub conditione institutus est, repudiare potest. *d. l.* 13. *in pr.*

14. Abstinendi jus amittitur immixtione, Repudiandi pro herede gestione *l.* 14. §. 8. *de relig.* Abstentio insuper aliquid surripiendo ex rebus hereditariis *l.* 71. §. 4. *de Adquir. vel omitt. hered.* aut emendo per suppositam personam, *l.* 91. *eod.* sed extraneus heres surripiendo tantum fit reus dupli. *l.* 21. *pr. eod.* De his aliquanto latius *ad ff.*

S c h o l i u m.

De duplo nihil extat in d. l. 21. *junge igitur* §. 5. Instit. de obl. q. ex del. nasc.

Postremo facilius perit abstentio, quia filiusfam. ipso jure est heres invitus et ignorans, *l.* 1. §. 7. *Si quis omiss. caus. testam.* ideoque fundata praesumptio est in dubio, quod filiusfam. heres sit. Sand. *l.* 4. *t.* 9. *def.* 9. Si tamen damnosa sit hereditas, non videtur habendus pro herede, nisi probetur se miscuisse. *l.* 12. *d. t. de Adquir. vel omitt. hered.*

TIT. XX.

DE LEGATIS.

I. Ratio methodi et definitio legati. II. Diversitas antiqua et unitas hodierna legati in se et cum fideicommisso. III. Partitio. IV. Non posse legari rem extra commercium. V. Posse rem alienam. VI. Ut et propriam heredis et pignoratam. VII. Quid si legatarius rei dominus factus sit. VIII. Aut bis eadem res legata sit. IX. Aut nudam rei proprietatem emerit. X. Aut res mea mihi legata sit. XI. Quando legatum alienatione rei tollatur. XII. De legato nominis et liberationis. XIII. Quid si testator nihil debens, summam quam debere se fassus est, restitui jusserit. XIV. Modus quo tolluntur legata liberationis et nominis. XV. De debito creditori legato. XVI. Quid juris si res legata vivo testatore pereat. XVII. Quid si ex pluribus rebus una perierit. XVIII. De re legata quae post mortem testatoris periit: item quid juris si res legata aucta fuerit. XIX. De legato generis. XX. De optionis legato XXI. Quibus personis legari possit. XXII. Servo heredis non posse, domino tamen servi heredis pure posse legari. XXIII. Doctrina conjunctionum. XXIV. Quid intersit conjunctim vel separatim relictum sit. XXV. De jure accrescendi. XXVI. Differentiae inter species conjunctionum quoad jus accrescendi. XXVII. Causa juris accrescendi. XXVIII. Nominis et demonstrationis errorem non obstare legato. XXIX. Falsam causam non obesse legato. XXX. Subtilitates veterum tres emendatae. XXXI. De actionibus ad petendum legatum. XXXII. A quo tempore heres in fructus et in usuras teneatur.

(a) Non esse Justinianum methodi securum, nec tamen superstitione ejus contra utilitatem discentium trahi velle, docet *princ. tit. de Legatis.* Cum enim Legatum sit modus adquirendi particularis, statim post titulum de donationibus subjici debuisset; at quia in testamentis Legata relinquuntur, aptius judicavit primo loqui de testamentis. Nunc post successionem e Testamento sequi debebat ea, quae secundum legem est; Praevaluit ratio, quod ultima voluntas textu continuo satius esset ab solvi. Definitur Legatum §. 1. *h. t. Donatio quaedam a defuncto relicta ab herede praestanda.* (Florentinus in *l.* 116. *pr. de leg.* 1. clarius et distinctius, *delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*) Ἐμφατικῶς *quaedam*, id est, proprii generis donatio; Nam cur proprie donatio non sit, dictum *supra* ad *tit. de donat.* Dicitur a *defuncto relicta*,

(i) *Pos.* 35. *et* 36. (a) *Pos.* 1. *etc.*

non *in testamento*, ut Modestinus in *l.* 36. *de leg.* 2. quia perinde et in codieillis legari potest, elim quidem testamento confirmatis, *l.* 8. §. *ult. l. ult. de Codie.* §. 10. *in f.* 1. *de fideic. hered.* hodie pest exaequata fideicommissis Legata, indistinete. Quin etiam ab intestato hodie posse legari, eertum est, exemplo fideieemmissorum. *d.* §. 10. Quod autem fieri (sed raro) queat, ut ipse Testator legatum vivus praestet idemque maneat legatum, *l.* 22. *de leg.* 2. *et l.* 11. *C. de leg.* id definitioni, quae singulis varietatibus accommodari nequit, nihil derogare potest. Verba ultima, *ab herede praestanda*, ut a Theophilo aliisque libris nen agnoscuntur, ita abesse quidem, sed otiam ferri sine noxa possunt, explieationis gratia: modo praestationem mere solite, de translatione possessionis, vel solutione intelligamus: nam dominium ipso jure, id est, immediata vi legis, a defuncto, eum morte ejus transit in legatarium. *l.* 80. *de leg* 2. *et l.* 64. *de furtis.* Scilicet, proprie dietum et Naturale dominium, ut dictum, non ut Vinnius aliique, fictum; neque enim alia ratione Legati dominium potest haberi fictum, ae omnium eorum, quae immediate a lege absque traditione proficiscuntur. Neque probatur seeus ex *l.* 3. *et* 5. *Quando dies legat. eod.* Quid enim? An ut dies legati eederet a morte statim, opus erat fictum introducere dominium? Cedere dies dicitur respectu actionis, quam lex facile absque dominio praestare poterat.

2. (b) Solemnes legandi formulae erant hae; *Sumito*, *capito*, *habeto*: Id erat vindicationis. Legatum damnationis vocatur ita, *Heres dare damnas esto*; Sinendi modo, *Heres sinito.* Per praeceptionem, *Ille ex parte heres praecipito.* Quibus formulis olim diversae legatorum species constabant, ut in §. 2. accurateque apud Theophilum legimus, et quarum singulis diversi effectus tribuebantur: Sed hae a Graecis Impp. quemadmodum reliquae tete juris formae solemnes, sublatae sunt, non quod hodieque ejusmodi verbis uti non lieeat, ut sane per praeceptionem adhuc omni die legatur; sed quia nihil refert, istis an aliis utare verbis; et quia Legatorum qualitercumque conceptorum una et simplex natura habetur; tametsi forte loca juris non desint in Pandeotis, quae sine distinctione intor vindicationem et damnationem, haud facile conciliari queant, ut vocabula diligentius quam momenta rerum quandoque deleta videantur, qua de re vid. Merill. 2. *variant. ex Cuj.* 10. Differentia olim quoque inter legata et fideicommissa particularia late patebat, cujus summa erat, quod in legatis rigor juris, in fideicommissis favor voluntatis regnaret. *l. pen. de leg.* 1. vid. Cujac. *in parat. C. de fidej. et* 3. *obs.* 34. *in f.* D. Wisseob. 2. *Pand. Disp.* 1. *th.* 3. Hodie Legata et fideicommissa per omnia sunt adaequata, *l.* 1. *de leg.* 1. tam quod ad res quam verba. *l.* 2. *C. Comm. de leg. et fid.* Quod ad res absolute, quod ad verba non eo sensu, quasi legata et fideicommissa non sint amplius diversa, neque termini distincti: utique enim, relicta verbis directis adhuc legata, verbis obliquis fideicommissa vocamus, §. *ult. I. de sing. reb. per fideic. relict.* unde et diversis Rubricis etiamnum collocantur. Verum, sive directis et imperativis utatur, sive obliquis et precativis verbis Testator, effectus est idem; nihil refert, utrum Testator legatum an fideicommissum relinquat: atque ita verborum differentia sublata dicitur; Quia nihil diversi inferunt, non quia diversa non sunt. Hinc sequitur, posse etiamnum Testatorem, si velit, differentiam realem statuere inter id, quod verbis directis immediate cavet in testamento, atque ea, quae obliquis fieri velle per beredem declarat. §. *pen. I. de sing. reb. per fideib. relict.*

DE REBUS, QUAE LEGARI POSSUNT.

2. (c) His praecognitis, sciendum, hujus tituli quatuer summa capita constitui posse, secundum quae potius quam juxta seriem §§. ordinis et memoriae causa, res et contenta tractari potuerunt. 1. De rebus. 2. De personis quibus legari potest. 3. De modo legandi et 4. de jure petendi legatum. Ne ordinem quidem positionum heic ubique observare poteris mus; quia nescio quo pacte, accidit, ut in his praelectionibus satis diversus institueretur. Primo igitur docet Imp. quae Res legari possint. *in* §. 4. *et seqq.*

4. (d) Et prime quidem, rem talem esse oportet, quae sit in commercio, non modo generaliter, sed respectu quoque Legatarii. Generaliter commercio exemptas esse constat, res sacras, sanctas, religiosas, publicas, aedibus junctas, *l.* 41. 42. *et* 43. *de leg.* 1. cujusmodi similiumque rerum, de quibus vide *l.* 39. §. 8. *et seqq. eod.* legata nullius momenti sunt, ait textus *h.* §. 4. tanquam a furiosis relicta, *d. l.* 39. §. 8. adeo ut nec aestimatio debeatur *d. l.* 39. §. *ult.* Æque nulla sunt, si legatarius solus commercium rei non habeat. *l.* 49. §. 2. *de leg.* 2. quod si is habeat, tametsi Testator aut heres non habeant, eorum incapacitas nihil obstat, *ead. l.* §. 3. ut nec obstat, si legatarius ad usum rei sit ineptus, *l.* 114. §. 5. *Legat.* 1. vel commercium quidem sed jus possidendi non habeat. *l.* 40. *de Leg.* 1. Quod

(b) *Pos.* 5. 6. (c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 40. 41. 42.

autem in *l.* 11. §. 16. *de leg.* 3. militiae servo legatae, quae in ejus commercio non est, scribitur deberi aestimationem, id eo fit, quia in militia, legata censetur aestimatio reditus, qui provenit ex militia tam armata quam palatina; uti et tesserae frumentariae, cujus perinde jus proprie servo non competebat, *l.* 49. §. 1. *de Leg.* 2. vid. Sand. *lib.* 4. *tit.* 4. *defin.* 4. cum enim legari, vendi *militia* dicitur, non ipsum militandi munus vere aut quasi-castrense; sed commoda annonaria et salaria illis annexa, quae inde separari poterant, intelliguntur: quemadmodum et tesserae frumentariae, fuerunt aerea aut ferrea figla, opiner, quibus insculpta erat certa quantitas frumenti, quod ex publico capere licebat; cujusmodi aliquando e Caesaribus sparsa leguntur in vulgus. (1)

5. (e) Potest etiam Testator, quod prime facie παράδοξον videtur, Rem alienam legare, *d.* §. 4. hoc sensu, ut heredi redemptionem ejus, si justo pretio redimi queat, injungere censeatur, *l.* 39. §. 7. *de Leg.* 1. etenim nihil in praejudicium domini testamento alterius disponi posse, verba XII. Tab. *Uti rei suae legassit*, satis indicant. *l.* 120. *de V. S.* Plane sciendum est, ita posse rem alienam legari, quando constat, Testatorem ea fuisse opinione quod res aliena sit, eaque mente, ut ab herede redimeretur. Nam alioqui id genus Legati pugnare cum civili et ordinario more testandi res ipsa loquitur. Ideo si Testator rem suam arbitratus, alienam legaverit, volunt leges id inutile esse legatum, quia praesumitur Testator, si scivisset alienam rem esse, non fuisset legaturus. Quae ratio si quando cesset, consentaneum est, valere quod relictum est. Atqui illa praesumptio cessare videtur, quando affectus Testatoris erga legatarium major est, quam insolentia legandi rem alienam; Igitur proximis et conjunctis personis legatum rei alienae indistincte debetur, seu sciverit sive ignoraverit. *l.* 10. *C. de Legat.* Pater enim filio, uxor viro aliquid legans, creditur tam valde id velle praestari, ut, tametsi res aliena sit, voluntas eadem manere videatur. Quod si dubitetur utrum Testator sciverit, an secus, rem esse alienam; placuit non heredi, sed legatario incumbere probationem; tam quia semper agenti probatio injungitur, quam quod praesumptio adversus illum sit, quia in dubio credibile est eum qui rem legavit, putasse rem suam esse, *h.* §. 4. *in fin.* *l.* 21. *de probat.* non est tamen utique necessarium proferre testes aut scripturam, quae expresse loquantur, scivisse Testatorem; Sed ex circumstantiis et probabilibus argumentis constare videtur posse tantum, ut ab ipso herede probatio contrarii expectanda sit, ut in simili docet Celsus in *l.* 12. *de Probat.* Quid enim si Testator ipse rem alienasse probetur? Facti proprii ignoratio minime praesumenda est.

6. (f) Caeterum, proprias heredum res, indistincte legari posse, licet suas putaverit, a Papiniano responsum est, in *l.* 67. §. 8. *de Leg.* 2. quia cessat ibi ratio, quod testator non facile redimendis rebus alienis heredem onerare voluisse credatur. Accedit, quod heres simpliciter factum et voluntatem defuncti praestare cogatur, *l.* 149. *de R. J.* *et l.* 14. *C. de R. V.* non ultra tamen quam pro sua parte hereditaria. *d. l.* 14. *et l.* 1. *C. Si certum pet.* *l.* 2. *et l.* 6. *C. de hered act.* Unde si plurium heredum unius rem Testator legaverit, coheredes ejus suas portiones aestimatas refundere debent; consequenter, si unius coheredum rem Testator reliquis coheredibus reliquerit, non nisi suam illis partem praestare cogitur, ut decisum refert Sandius *l.* 4. *tit.* 8. *def.* 4. Nihilo plus dubii est in rebus a Testatore pignoratis. (g) Nam quominus is cui sunt legatae, dominium earum consequatur, cum Testator earum plane dominus fuerit, nihil obstare potest. §. 5. *h.* Quin etiam heres rem a creditore, solutione facta, redimere et praestare tenetur Legatario, saltem si hic probare possit, quod Testator conditionem pignoris non ignoraverit; Nam si hoc non constat, res qualis est, legata videtur, gaudetque Legatarius dominio rei: modo ipse eam luat ac liberet: Nisi adhuc docere queat Legatarius, Testatorem ea fuisse mente, ut non minus sibi legaret, quam ejus rei ab onere liberae aestimatio ferret. *d.* §. 5. *l.* 6. *C. de fideic.* Plane, si creditor pignus jam distraxerit, heres pretium ejus Legatario debet; nisi et aliud voluisse Testatorem ostendat; cujus voluntas, ut ubique, ita et hic, utramque facit paginam. *d.* §. 5. *et d. l.* 6. (h) Heres igitur rem alienam recte legatam a rei domino redimere debet, atque ita non modo possessionem, sed et dominium praestat, si quidem testator alienae rei dominum facere alium sine medio non potuit.

7. (i) Quod si Legatarius Rei legatae dominus sit factus, antequam ab herede praestaretur, merito recepta est distinctio, utrum ex causa

(e) *Pos.* 31. 32. (f) *Pos.* 30. (g) *Pos.* 34. (h) *Pos.* 33. (i) *Pos.* 35.

(1) *Confer Jos. Averan. interpret. Jur.* lib. 2. Cap. 17. n. 10. *et seqq. ubi erudite exponit quid esset militia de qua toties in jure nostro fit mentio, et quid legato militiae contineretur.*

(2) *Qua ratione illa regula procedat, exponit Barth. Chesius de different. Jur. Cap.* 60.

onerosa an lucrativa, dominium sit nactus: Si ex lucrativa, velut donatione, rem prius sit adeptus, nihil ex testamento quod petat habet, propter regulam, duas lucrativas causas in eumdem hominem et eamdem rem concurrere non posse. *l.* 17. *de O. et A.* adde *l.* 108. §. 4. *de Legat.* 1. *l.* 66. §. 1. *de Legat.* 2. *et alibi.* (2) Sin ex onerosa, veluti emptione, permutatione aut simili, aperto testamento pretium, quod ipsi abest, ab herede potest petere; Idemque procul dubio dicendum erit, si Testator rem alienam legaverit, quam is modo jam emerat, sed cujus pretium nondum solverat. Id enim vel ab herede praestandum, vel solutum a Legatario actione ex testamento recuperandum. Adeoque in effectu nihil refert, utrum alienam rem ponas emptam ante factum testamentum, neque dum solutam, vel post testamentum ante mortem Testatoris, vel denique post mortem, antequam ab herede fieret redemptio. Verba enim et rationes textuum, inter hos casus nullam admittunt distinctionem, §. 6. *h. l.* 34. . 7. *et l.* 84. §. 5. *de Leg.* 1. ubi casus paulo diversus, sed eadem est ratio; Proponitur enim Legatarius ab herede ipso emisse rem legatam, et dicitur, si pretium non solverit, rem sine pretio; quod si jam solverit, rem una cum pretio recuperaturus. Plura ad hanc rem, de quibus et *Scholiastes*, videbimus *ad ff.*

8. (k) Ab eadem ratione pendet altera quaestio in *d.* §. 6. An is, cui duobus testamentis eadem res legata fuit, ex utroque testamento fructu legati gaudere possit. Sane, si tam prudens aut felix fuerit, ut ex eo, quod prius apertum est, testamento, consecutus sit aestimationem, tum ea sequenti rem ipsam petere non prohibetur, quia verum est, rem eum non habere; At si res statim ei tradita fuerit, jam penitus transactum, frustraque de pretio postea laborat, quia cum rem sine onere nactus est, pretium ejus similiter tenet. Nam valor inest rei, ut corpori dimensio, sed non contra, valori inest Res; toto genere differunt pretium et id quod pretio aestimatur; Ita est in *l.* 88. *ff. de V. S.* Adde *l.* 34. §. 2. *de Leg.* 1. ubi id docet JCtus, semel rem iterumque aestimationem in specie proposita exigi posse; Unde sequitur, rem ipsam bis non posse peti. Quae ita accipienda sunt, si non modo diversae scripturae, sed diversi quoque Testatores fuerint: Nam si ab eodem Testatore eadem res duabus ultimis voluntatibus relinquatur, non tam saepius legare testator, quam saepius loqui videtur *l.* 66. §. 5. *de Leg.* 2. Idem in *l.* 86. §. 1. *de Legat.* 1. adeo ut ne quidem si prius aestimatio potita sit, res deinde peti possit. Aliud est, si quantitas eadem vel summa pecuniae bis ab eodem in diversis scripturis legetur. Huic enim bis eadem summa praestabitur. Nam qui acceptis centum aureis, petit adhuc centum, minime dici potest, rem eamdem petere, quia corpora nummorum, etsi numerus sit idem, diversissima sunt; hoc ita, nisi heres probare possit, quod Testator non bis legatum, sed prius dumtaxat repetitum voluerit. *l.* 12. *de Probat.* Plane, si in uno Testamento quantitas una bis relinquatur, ea non plus quam semel praestabitur, nisi contraria Testatoris voluntas evidentissime approbetur. *d. l.* 34. §. 3. *de Leg.* 1.

9. (l) Vidimus, quid juris sit, si rem alienam Legatam, antequam sibi praestetur, Legatarius totam adquisiverit: dignum quaesitu est, quid eveniat, si quis fundum alienum sibi legatum non totum emerit, sed nudam ejus proprietatem dumtaxat, usufructu penes dominum manente, qui tamen mox finitus cum proprietate sit consolidatus, qui casus tractatur in §. 9. Aperto enim testamento, res legata reperitur apud Legatarium, titulo, quod ad proprietatem oneroso, quod ad usumfructum lucrativo; Quaeritur, an Legatarius fundum simpliciter, id est totam ejus aestimationem, petere possit; Ratio dubitandi, quia usumfructum lucrative tenet, unde non hujus, sed ex ratione §. 6. dominii nudi pretium petere debeat: Justinianus respondet, actionem nihilominus recte de fundo simpliciter institui. Nam ut nuda proprietas etiam est dominium, et proprietarius dominus, *l.* 57. *de Usufr. et passim.* ita fundus quoque, usufructu detracto, fundus est; proinde qui jus tantum ad proprietatem habet, non agit male, si fundum petat: Mentio ususfructus omissa non magis nocet, quam si quis fundum petens, servitutis ei impositae non meminisset: ususfructus enim, qui est servitus personalis, non pluris quam servitutes rusticae vel urbanae hac parte aestimatur, ut Imperator affirmat. Verum ut saepe actoris intentio Judicis officio temperatur, ita hic, postquam heres replicavit probavitque, usumfructum sine onere ad Legatarium pervenisse, partes sunt Judicis, aestimationem inire, quanti sit nuda proprietas subducto usufructu, neque plus Legatario praestari jubebit, quam proprietas sola, priusquam secundo eventu ususfructus afflueret, valore poterat. *d.* §. 9. *et l.* 82. §. 2. *de Leg.* 1. Haec est perspicua hujus versiculi explicatio, quam et Theophilus expressit, alii reprehendunt.

10. (m) Sic igitur Legatum rei alienae valet, tametsi saepius in pretii solutionem resolvatur; non perinde legari potest Res propria Legatarii,

(k) *Pos.* 37. (l) *Pos.* 36. (m) *Pos.* 38.

quamvis ipse per fideicommissum juberi possit, eam alteri ut praestet, §. 1. *I. de singul. reb. per fideic. relict.* sed si testator rem amice propriam ipsi leget, tametsi putet suam esse, Legatum ab initio nullum est, adeo ut non modo rem ipsam (quod per naturam fieri nequit, scil. dominum fieri qui jam dominus est) sed ne pretium quidem petere possit, quia Legatum inutile est ac nullum. §. 10. *h. t.* Et quidem usque adeo nullum, ut ne valere quidem incipiat, postquam Legatarius eam seu sciens sive ignorans alienaverit, *l.* 41. §. 2. *de Leg.* 1. tametsi tum is casus existat, qui exitum habere eo tempore possit, quo testamentum incipit habere effectum, scilicet mortis. At potentior Regula est, quae Catoniana dicitur, a Catone vel Catonibus JCtis, §. 38. *in fine l.* 2. *de O. J.* definiens, Legata, quae non valuissent, si tempore facti testamenti decessisset Testator, ea non subsistere, quocumque tempore Testator decedat, *l.* 1. *de Reg. Caton.* sive, quod ab initio inutile est, id tractu temporis non convalescere; nisi Legatum sub hac conditione relictum sit: *si Legatarius rem alienaverit*, *l. pen. eod.* Quae si mens sit Celsi in *d l.* 1. §. 2. nempe, si fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, tibi legatus est; *si eum vivo Testatore alienaveris*, idque tu feceris, eo casu fundum tibi deberi: jam nulla collisio erit inter *d. l.* 41. §. 2. *et. d. l.* 1. §. 2. Sed si illa verba in *l.* 1. si *eum vivo Testatore alienaveris*, non sint Testatoris conditionem adjicientis, verum JCti factum proponentis, ea se prodit ἀντιλογία, quae difficillimam explicationem recipit, quatenus adhuc apparet. Sequemur igitur, quod nos explicat ἀντινομίας agnoscendae necessitate, nec est improbabile, quod diximus.

11. (n) Post multiplices de re aliena species; Una superest in §. 12 quando res tempore facti testamenti fuit propria Testatoris, sed mortuo eo, reperitur aliena, facta ab ipsomet alienatione; Equidem, si de animo constet, eum legatum adimere voluisse, nihil quod petat habet legatarius. Ad hoc autem dijudicandum, distinctio recepta est, utrum voluntaria an necessaria fuerit causa alienandi. Nam si, ut aeri alieno pareret, vendiderit aut in solutum rem dederit, pretium adhuc recte petatur, quia non creditur alienasse animum a legatario testator, sed necessitati obsecutus; nisi liquido ab herede probetur, mutatam fuisse omnino voluntatem, *l.* 11. §. 12. *de leg.* 3. scilicet, quod cum posset se rebus aliis vendendis expedire, nullas tamen potius quam res legatas, ne gauderet legatarius, distraxerit. Si vero constet, alienandi rationem fuisse prorsus arbitrariam, haud dubia res est, quin animus adimendi ex ipso facto sufficienter eluceat, veluti in donatione *l.* 18. *de adim. vel transf. leg.* similibusque, de quibus accipiendi textus in *l.* 8. *de leg.* 1. *l.* 15. *de Adim. vel transf. leg. l.* 1. *et* 3. *de pecul. leg.* Quod si rem postea redemerit Testator, legatum semel extinctum non reviviscit, nisi de nova voluntate constet, *l.* 15. *de adim. vel transf. leg.* excepto, ut videtur, libertatis legato *l.* 58. *de manum. test.*

12. (o) Pergamus agere de rebus, quae legari solent. *Tam*, inquit Justinianus, *res corporales legari possunt*, *quam incorporales*, in §. 21. *h. t.* (cujus sententiam anticipabimus) jura scilicet, ut servitutes, nomina et actiones, item pignora. *l.* 26. *de pignor. act.* Nomen sive actio legari dicitur tripliciter: I. Quando Testator id quod sibi a Tertio debetur, Secundo legat. *d.* §. 21. II. Quando Testator remittit legatario quod ipse debet, quod est liberationis legatum. §. 13. *h. t.* III. Quando Testator legat suum debitum, quo ipse legatario est obstrictus. §. 14. *h. t.* Prima species dicitur proprie Nominis Legatum. Sic, inquam, Nomen legari, dicitur, quando Testator id quod sibi debetur ab alio, Tertio legat, cujus hic est effectus, non ut jus obligationis immediate in legatarium transeat (hoc enim personale penes heredem est; qui personam defuncti repraesentat) sed ut heres actionem adversus debitorem hereditarium legatario cedat, *d.* §. 21. *l.* 44. §. 6. *et l.* 75. §. 2. *de leg.* 1. quamquam ad evitandas ἀμβολιεργίας, insuper habita cessione directarum, actionum, legatarius immediate utiles actiones contra debitorem instituere potest. *l.* 18. *C. de Legat.* Recte etiam quod legatarius ipse debet, quanquam id in dominio habet, ei legatur, §. 13. *h. t.* quod *liberationis* legatum dicitur, quia non ipsae pecuniae debitae relinquuntur; sed vinculum obligationis, quo legatarius defuncto erat obstrictus, remittitur; adeoque juris id legatum est, ut nulla sit ratio dubitandi, quin valeat hoc legatum, tametsi olim dubitatum videatur, ut innuit *l.* 3. *de liber. leg.* Cui adde *l.* 1. *in pr. eod.* Forma hujus legati est; vel ut testator summam sibi debitam leget aut remittat, aut heredem damnet, ne petat, *l.* 2. *eod.* vel chirographum, aut obligationis instrumentum tradat, *l.* 3. §. 1. sed redditio pignoris arguit remissionem oneris hypothecarii, non ipsius debiti, nisi voluntas testatoris appareat, cujus praesumptio favorabilis dicitur. *l.* 1. §. 1. *eod.* Effectus legati est, non ejusmodi liberatio, qualis per solutionem vel acceptilationem contingit, sed qui in eventu spectatur. Ipse jure debitor manet

(n) *Pos.* 5. *tit. seq.* (o) *Pos.* 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14.

obligatus, sed ab herede conventus habet exceptionem doli, *l.* 3. §. 2. aut ultro heredem compellare potest, ut se per acceptilationem liberet, ipso jure. §. 3. Potest etiam coarctari legatarium, ut pro parte debitum remittatur, *l.* 7. *in pr.* vel in gratiam unius personae, non heredum ejus, *l.* 8. §. 3. denique ad tempus dumtaxat ne petatur, quod vere liberationis legatum non est. *d. l.* 8. §. 1. Caeterum, quia vinculum esse debet inter testatorem et legatarium, cujus respectu legatum esse dicatur, manifestum est, sub liberatione simplici non contineri remissionem actionis in rem, sed ad haec opus esse, uti res ipsa legetur; hinc, si cui liberatio a rationibus reddendis legetur, ab eo reliqua pupilli pecunia nihilominus exigi potest, ut Scaevola docet in *L.* 28. §. 4. *d. tit.* quae res tamen non caret aliqua difficultate, cujus propter *l. ult.* §. 2. *eod. tit.* tum per ea quae Scholiastes noster observat ad *posit.* 12. *h. t.* sed reservemus eam Pandectis *titulo parallelo.* Hoc addamus; quod Scholiastes etiam prosecutus est ad positionem hanc.

13. Quod si Testator sit professus se alicui debere centum, quos ei non debet, eosque restitui jusserit, centum peti possunt, non ut debitum, sed ut fideicommissum, *l.* 88. §. 10. *de legat.* 2. utique, si testator animum legandi (α) habuerit, cujus probatio incumbet modo legatariis, *arg. l.* 34. §. 3. *eod.* (β) modo heredi, *l.* 18. *pr. de aur. mund. arg. leg.* prout huic aut illis favet praesumptio. (γ) Potest fieri ut prorsus exigi nequeat, nisi legatarius probet vere sibi deberi. *arg. l.* 27. *de probat.* (δ).

SCHOLIUM.

(α) *Potius dic, fideicommittendi. Si enim verba legandi adhibuerit testator, nullum dubium esse potest, quin legare voluerit. Si vero jusserit debitum restitui Maevio incertum est, an his verbis fideicommissum contineatur, an sola contestatio heredis, ut debitum solvat.*

(β) *Sed hoc argumentum non admitto, tum quia Modestinus non loquitur de casu, de quo thesis est formata, tum quod argumenta textuum contra textus expressos, qualis est textus* l. 18. pr. de auro et arg. leg. *nihil valent.*

(γ) *Sed mallem, ut ostendisset Autor, fundamentum praesumptionis, unde ex* l. 34. de Legat. 2. *argumentatus est, probationem incumbere legatariis.*

(δ) *In hac quidem lege circumstantia, quod legatario non nisi ad certam summam legari poterat, facit aperte praesumptionem contra eum. Ergo dicerem, in casu* d. l. 88. §. 10. *regulariter praesumptionem esse pro legatario per* d. l. 88. in pr. *Exceptionem vero contineri* in d. l. 27.

RESPONSIO.

Non sum alienus ab hac conclusione, quam et positio mea praefert, et fundata est in d. *l.* 88. §. 10. et d. l. 18. in pr. *pariter. Sed hoc non obstat, quominus ob alias praesumptiones a Legatario exigi probatio possit, ut sane fit in* d. l. 34. §. 3. *ubi testator nihil suarum rerum penes uxorem esse dixerat, eoque nomine eam inquietari vetuerat. Fundamentum praesumptionis esse potest in verbis minus validis, vim legandi aut fideicommittendi (inter haec discrimen immerito captatur a Schol.) continentibus.*

N. ADDIT.

Bene, quod Autor non sit alienus ab hac conclusione. An vero positio eamdem sententiam praeferat, alii judicent. Textus l. 34. *ad quaestionem praesentem, ubi de verbis fideicommissi constat, plane non quadrat, quia illa verba nec legatum nec fideicommissum continent, sed demum per conjecturam voluntatis eo trahuntur. Denique scio, quod fideicommissa et legata sint exaequata, adeoque in ipso genere differentiam non quaero. Interim hoc non obstante, potest in speciebus fideicommissorum et legatorum, ex ipsa vi verborum differentia in effectu remanere, uti ex Institutionibus notum est; alium effectum esse intuitu Juris Patronatus, si libertas legata, vel per fideicommissum data sit.*

14. Extinguuntur legata liberationis et nominis, quoties debitum a vivo testatore exactum (ε) est, *d.* §. 21. *h. t.* si sponte solutum, consideratur an testator animum adimendi habuerit, *l.* 11. §. 13. *de legat.* 3. utique regulariter debito perempto legatum tollitur tanquam rei interitu. *l.* 21. *de liberat. leg.*

SCHOLIUM.

(ε) *Si modo animo adimendi exegerit, qui non praesumitur, si necessitate urgente exegerit.* d. l. 11. §. 12. et 13. *Et ita limita* l. 21. de liber. leg. Quid si testator coeperit agere ad repetendum debitum? Dicendum est, non revocatum censeri *arg. l.* 27. §. 3. *de Instr. vel Instrum. leg.* juncta *d. l.* 11. §. 12. *et* 13.

Solutio vel peremptio debiti, quae post mortem accidit, non tollit legatum, quia dies legati statim a morte cedit, hoc est, peti potest, *l.* 5 §. 1. *Quand. d. leg. ced. l. un.* §. 1. *et* 5. *c. de Caduc. toll.* secus erat, cum dies cederet ab apertis tabulis. *l.* 24 *de liber. leg.*

15. (p) Equidem liberatio cum lucrosa sit, quominus merito legati titulum ferat, nihil erat scrupuli; verum, an testator quod ipse debet, id creditori suo legare possit, difficilius quaeri videbatur. Sed decisum est, valere legatum, si plus sit in legato, quam in debito, secus non valere, §. 14. nimirum, *si neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco debitum differatur* *l.* 29. *de leg.* 1. Plus inesse videtur, ubi conditionale vel in diem debitum legatur puro, *d.* §. 14. vel si debitor idemque testator exceptione tutus fuerit, (remissa enim tunc beneficio legati videtur) aut cum id, quod actione praetoria debetur, legatum est, quia melior est actio civilis ex testamento. *l.* 28. *de leg.* 1. Quid si nihil debeat legatario testator? *Quantitate non adjecta, constat nullum esse legatum* *l.* 75. §. 1. *de leg.* 1. si quantitatem adjecerit, placet causae defectum falsae demonstrationis instar haberi, ac utile esse legatum. *l.* 25. *sub fin. de lib. leg.* Perinde si maritus uxori indotatae dotem relegaverit, si quidem dixerit, quam rem aut summam dari vellet, utile est legatum; si dotem simpliciter designaverit, nihil scilicet est, quod petatur. §. 15. *h. t.* Alioqui valet sane legatum dotis, etsi ab uxore etiam sine ultimo viri elogio repeti potuisset, quoniam plenior est actio ex testamento, quam erat illa vetus rei uxoriae; quippe per hanc dos tribus demum pensionibus solvebatur; at legati persecutio peremptoria est; hodieque, etsi pensionum intervallis abolitis, manet tamen praestantia actionis testamentariae prae dotali, quia secundum hanc maritus ad res mobiles non nisi post annum restituendas tenetur. *l. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.*

16. (q) Sed operae pretium est scire, quid juris sit, ubi res legatae aliquo casu deperditae fuerint. Et quidem culpam certum est omnem ab herede praestari, *l.* 47 §. *pen. de leg.* 1. quanquam solius legatarii hac parte utilitas versatur. Etiam ubi culpa abest, si tamen facto heredis res desierit salva esse, non est dubium, quin teneatur, licet ἄνευ προαιρέσεως, *ignoranter* rei perdendae distrahendaeve occasionem dederit, §. 16. *h. t.* etenim omnimodo aequius est, factum cuique proprium; quam alii nocere alienum, *l.* 25. §. 2. *in f. ad SC. Treb.* si casu mere fortuito, aut facto alieno res legata perierit, nulla mora ab herede facta, ratio monstrat, legatarium, qui dominus est, ferre periculum et damnum rei suae. *l.* 36. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 23. *de V. O.* Culpae aequiparatur heredis mora, post quam heres luere jacturam tenetur, tametsi interitu naturali res perierit, qui apud ipsum quoque legatarium contigisset; potuit enim legatarius rem, si in tempore accepisset, vendere et effugere damnum, *d. l.* 47. §. *ult.* nisi plane constet, eum id non fuisse facturum, sed fatali casu rem etiam apud legatarium, etsi confestim tradidisset heres, opprimendam fuisse, per *l.* 14. §. 1. *in f. Depositi. et l.* 15. §. *ult. de R. V.* Si pro parte res interciderit, habemus regulam, id quod superest recte a legatario peti; toto enim legato singulas ejus partes legatas esse intelligimus, quod exemplo gregis ad unum pecus redacti declarat Justinianus in §. 18. *h. t.* quod secus in usufructu esse alio loco intelleximus. Sed est ita, ut diximus, ubi una res legata est; una autem censetur tribus modis, auctore Pomponio in *l.* 30. *pr. de usurp. et usucap.* Quaedam enim res continentur uno spiritu, homo, tignum, lapis; quaedam ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus, ut aedificium, navis, armarium; alia ex distantibus constant uni nomini subjecta, ut populus, legio grex, item familia, *l.* 29. *in fin. pr. de V. O.* eorum, *l.* 79. *in pr. de leg.* 3. eadem dici possunt unita, connexa, aggregata. Sed res principalis cum accessoria, ut ancilla cum suis natis, equa cum pullis, servus cum peculio, ordinarius et vicarius, fundus cum instrumento, et similia, non rem unam, sed plures constituunt, nec sequuntur legatarium, nisi expressa; ut satis constat.

17. Scrupuli plus est, quando principalis res periit, an accessoria possit peti, de quo agit Justinianus in §. 17. Continetur haec res certa regula, quam habet Gajus in *l.* 2. *de pecul. leg.* Nam ait, *quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint*; quae vero usum per se habent (*nec accessoria sunt*, addit. Scholium *ad pos.* 29.) extincta re principali, nihilominus adhuc peti possunt. Secundum haec ancilla cum suis natis legata, mortuaque ancilla, nati nihilominus debentur, ut et vicarii servi, sublatis ordinariis. Sed extincto servo, peculii pariter relicti legatum extinguitur, quia peculium absque servo nullum; sic penu legata et absumta, ne vasa quidem debentur. *l.* 2. *et* 4. *pr. de pen. leg.* Idem videtur, si equus cum ornamentis sit legatus, equo ante testatorem (id semper intelligitur) mortuo, ornamenta, quae sine equo nullum habent usum, peti vix poterunt. Illud ipsum affirmat Justinianus, quando fundus cum instrumento legatur, quod est verum; sed quod idem scribit, obtinere in fundo instructo, in difficultatem implegit. Paulus enim in *l.* 5. *de instructo, vel instrum leg.* notat Labeonem, quod inter illa duo legata nihil interesse putaverit; *nam inter ea legata hoc interest*, ait,

(p) *Pos.* 15. 16. 17. 18. (q) *Pos.* 27. 28. 29.

quod si, fundo alienato, mortuus fuerit, qui ita legavit, ex hac scriptura: fundum cum instrumento, *nihil erit legatum, ex caeteris poterit instrumentum esse legatum.* Parum abest, quin Justinianus improbatam Labeonis sententiam secutus videatur, sed est diversae locus interpretationi: Fundi instructi legatum plenius est quam fundi cum instrumento, *quam sententiam quotidie increscere* et *invalescere*, testatur Ulpianus in *l.* 12. §. 27. *de instr. vel instrum. leg.* scilicet, fundi instructi legatum continet omnia, quae in praedio collocata sunt, eo, uti instructior esset paterfamilias, ut non tam agri instrumentum quam proprium suum instrumentum testator illis verbis reliquisse videatur. *d.* §. 27. Fundo igitur pereunte aut alienato, dicendum est, instrumentum fundi, id est ea, quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt; et sine quibus possessio exerceri nequit, (*l.* 8. *in pr. l.* 12. *in pr. d. tit.*) sequi causam fundi, neque deberi, ex mente Justiniani in *d.* §. 17. sed patrisfamilias instrumentum, quod ad personam ejus pertinet instruendam; hoc cum non sit accessio necessaria fundi, nihilominus recte peti videtur, juxta Paulum in *d.* §. 27.

Caeterum, quod supra diximus, ancilla mortua, natorum non extingui legatum, id in brutis animantibus Joannes Faber et Aretinus et cultissimus Balduinus ad *hunc* §. aliter se habere interpretantur, cum quia foetus humani duntaxat mentio fit, tum quia ratio discrepet: Nam quod nati pueri matris accessio non habeantur, *facit dignitas*, ait Bald. *humanae naturae, quae cum nulla sit in brutis, rectius in illis potest accessionis loco haberi, ut legata scropha cum suculis, non debeantur suculi sine matre.* Atqui non hanc petitam a dignitate rationem reddunt JCti, cum, ancilla mortua, partum superesse volunt petendum, sed, *quia duo legata sunt separata*, inquit Ulpianus in *l.* 3. *de pecul. leg.* atqui et in brutis genitrix cum foetu pridem edito diversa legata intelligenda sunt: etsi enim foetus, dum nascitur, jure accessionis sequatur ventrem, quia pars ejus fuit, nusquam tamen legimus, foetum ab utero separatum, respectu quaestionis postea supervenientis, denuo accessionis jure censeri, quod alias explicavimus. Quod accessio erit, debet esse vel pars rei, vel propter rem etiam esse comparatum, quorum neutrum de foetibus bestiarum ratione parentum affirmari potest, nisi tempore legati relicti foetus adhuc in ventre siti fuerint.

18. Caeterum haec omnia de legato, intercidente vivo testatore, intelligenda sunt. Nam si post mortem ejus res pereat, quicquid de re supereat, seu pars rei principalis sive accessorium, id sine dubio recte petitur, *l.* 12. *de pecul. leg.* nisi quod de servo vestito Celsus tradit, cum ea secus comparatum esse, *l.* 13. *eod.* forte quod vestis legata non censeatur, verum servus duntaxat, etsi vestis ei cohaereat, nam etiam deposito servo vestito, vestis deposita non intelligitur, *l.* 1. § 5. *depositi*, ubi cum idem de equo et capistro statuatur, tentari potest, equo frenato legato mortuoque, licet post testatorem, frenum non deberi. Quod autem *mortuo bove qui legatus est neque corium neque carnem deberi*, Paulus ait in *l.* 49. *pr. de leg.* 2. non video, quare de morte post testatorem sit accipiendum, ut putat Balduinus, et carpit eo nomine Paulum Autumnus in *censura jur. Rom. ad l.* 49. Potius sub regula communi id comprehenderemus, quod ex re nostra supereat, id esse nostrum ejusque nos vindicandi jus habere. *l.* 49. §. 1. *ff. de R. V.* Sed bovem oportet intelligi vivo testatore mortuum; tum caro et corium non debentur, quia res legata, quae bos fuit, extincta est, sic ut rei interitu pereat legatum. Quemadmodum autem interitu partis legatum minuitur, ita ratio dictat, augmentum rei legato accedens augere jus legatarii, (r) ut Imperator declarat exemplo gregis aucti ovibus post conditum testamentum, in *d.* §. 18. nec non aedium, quibus columnae et marmora deinde adjecta sunt, §. 18. sed in augmento peculii legati (s) distinguitur, utrum ipsi manumisso sit legatum peculium, an extraneo: si servo, tum quod jacente hereditate accessit (nam quod vivo testatore adjectum est, sine discrimine cedit legato) debetur legatario, quoniam dies libertatis legatae cedit ab adita demum hereditate, *l.* 7. *in f. et l. seq. Quand. di. leg. ced.* quicquid autem tempore diei cedentis in legato reperitur, id legatarius adquirit, *l.* 8. §. *ult. de pecul. leg.* sed cum extraneo peculium legatur, tum dies legati cedit, quemadmodum semper in puris legatis cedere solet, a morte testatoris confestim, *l.* 2. cum 3. *seqq. Quand. dies. leg. ced.* ideoque augmentum post obitum testatoris accedens tum, cum dies cedit, in legato non reperitur; nisi ex ipsis peculii rebus confectum, id enim semper peculii esse judicatur, juxta §. 20. *h. t.* Nimirum ejusmodi intelligimus augmenta sequi legatarium, quae rebus ipsis cohaereant et partem illarum faciant, non quae sint ejusdem duntaxat generis: nam si testator omne suum aurum et argentum, omnem suam vestem leget, traditum est, eas tantum vestes, id auri argentique deberi, quod

(r) *Pos.* 25. (s) *Pos.* 26.

fuit tempore conditi testsmenti, non quod postea comparatum *l. 7. de aur. et arg.* nisi alia voluotss appereat. (3)

19. (t) Postremum, quod de rebus legatis tractat Imperator, id est de legato generis atque optionis in §. 22. *et* 23. *h. t.* Genus a JCtis passim usurpatur pro eo, quod plura individua continet, id quod Logici speciem vocant; uostri autem vocare speciem solent rem certsm et in numero definitam. Inde quid sit Legatum generis intelligitur, qusndo id quod relinquitur, sub communi nomine res plures appellationi isti subjeetas comprehendit; debet autem ejusmodi esse genus, quod individua immediate sub sesa habeat, genus infimum, quod redigi non possit ad rem vilissimam. Nam si suimsl aut bestia legetur, quia nomeo hoc rebus minimis congruit, ridiculum potius qusm utile erit legatum. Ne quidem fundi legatum satia commodum est; singula enim prata, singulae vineae, singuli horti, singula olivets, pomsria, ssliota, arbusta, pasena, nemora, aucupatoria, venatoria, piseatoria loea, fundi omnes appellari possunt, ut docet Valla *l.* 6. *eleg.* 41. atque adeo *quaelibet portio fundi poterit fundus dici*, scribit Ulpianus in *l.* 69. *de V. S.* quin et Papinianus, *fundo non demonstrato nullum* ait *esse legatum*, in *l.* 69. §. 4. *de jur. dot.* quanqoam si testator habens plura praedia pluresque fuodos, legaverit simplieiter fundum, utique ex iis unum deberi legatario, admodum eivile dietu est, de quo vide D. Vionium ad *hunc* §. Supponeodum praeterea est, generis quod reliquit, copiam esse io hereditate, *nam si domus sit legata, et testator nullas aedes reliquerit, magis derisorium est, quam utile legatum*, habetur *in l.* 71. *pr. de leg.* 1. Nam ut heredem oneratum oredamus ad domum legatario aliunde comparandam, id a jure abhorrere videtur; Neque enim rei alieoae legatum, quod sio satis est anomalum, ultrs terminos legibus positos facile producendum est; qusnquam oeque illud ineivile foret, si diceremus, domo legata a testatore, qui nullam habet, heredem pro viribus hereditariis et conditione legatarii justam ei praestsre aestimationem debere, de quo rursus adi Vinnium, quem hactenus audi, ut nec rigide nimis Legum verbis insistas, neo facile ab earum sententia recedas. Posse fieri, ut generis legatum, etsi nulla species in hereditate sit, debeatur, concedamus, sed regulam esse, *non deberi*, omnino teneamus; Prudentiae judicis in talibus aliquid esse largiendum, sed parce sobrieque, usu didicimus. Exemplum si velis; Juveni ad rem equestrem animum adjicienti, legstus est equus ab amita eum equitis instrumento, quorum nihil erat in hereditate. Debari tamen, respondere oon dubitavi, eum esset generis legatum.

20. Sed multum interest, utrum genus simplicites, an electio libera ex omnibus sub genere speciebus relinquatur, quod legatum optionis appellatur, a quo an disorepet legatum generis, oum libero arbitrio eligendi quamcumque speciem voluerit, ut vult Vinnius od *d.* §. 23. *in fin. pr.* haud facile dixerim. Utique enim et in hoc, quemadmodum in optione, legatarii electio liberrima esse videtur, ut quam velit, optimam quoque speciem capere possit legatarius, *l.* 2. §. 1. *de opt. vel elect. leg.* quod si iu plurali numero scyphorum electio sit data, quamvis alioqui terminus pluralis duorum numero contentus est, plenius tamen ultimas voluotates interpretamur, ut trium facultas sit eligeodorum, *l.* 1. *d. tit.* semel autem facta electio, mutari poenitentia nan potest; *l.* 20. (4) nisi facta sit ante aditam hereditatem *l.* 16. aut speciebus oon omnibus exhibitis *l.* 4. *eod.* aut si rem alienam, vel quae non est in commercio, optaverit, *l.* 2. §. 2. Olim hoc legatum morte legatarii ante electionem extinguebatur, hodie ad heredam transmittitur et purum habetur. §. 23. *h. t.* In simplioi legato generali est etiam, ut dictum, electio legatarii, *l.* 20. *et l.* 108. §. 2. *de leg.* 1. adeo, ut si qusm ex speciebos repudiaverit, adhuc eamdem eligere possit, *l.* 18. *de opt. vel elect. leg.* sed noo est tam absolute libera, si quidem ex speciebus optimam legere ei non conceditur, neque ad pessimum accipiendum teoatur, *l.* 37. *pr. de leg,* 1. hoc ita, si non apparet testatorem habuisse in animo certsm speciem legatario praestandam; nam si id liqueat, et tamen oon constat quae sit illa species, electio est heredis, *d. l.* 31. § 1. *et l.* 32. §. 1. *eod.* ubi verba, *quem elegerit, debet praestare*, aliqui ad legatarium, ad heredem alii referenda putant; simplex resolutio est, *heres debet praestare quem elegerit*, est continuatio ejusdem personae. Quod disjunctive relictum, aut hoc aut illud, simile est optionis legato, *l.* 34. §. *pen. de leg.* 1. *l.* 23. *de Legat.* 2. *et l.* 19. *de opt. vel elect. leg.* eod. adhibito discrimine, quod supra collocatum, utrum per damnationis modum an vindicationis relinquatur, quod hoc in parte non potest videri sublatum, quia perspicuum

(t) *Pos.* 20. 21. 22. 23. 24.

(3) *Dilucide haec exponit vir clariss. Jos. Averanius interpret.* lib. 4. cap. 27.
(4) *An et quando electio facta mutari poenitentia possit, ingeniose exponit Barth. Chesius interpret.* l. 2. c. 50. n. 82. et seq.

exprimit indicium voluntatis defuncti; si enim dixerit, *heres meus damnas esto dare hoc aut illud*, *vel jubeo heredem meum dare hoc aut illud*, satis evidenter dationis ab herede fieri vult initium, idque non obscure colligitur ex *l.* 45. §. 1. *de leg.* 1. sed clarius ex *l.* 43. §. *ult. de leg.* 2. Longe diversa mens testantis liquet in verbis, *Titius hoc aut illud capito*, *habeto* (5).

S c h o l i u m.

Sed nescio, an numerus 5. *hic*, *istam responsionem Autoris admittat. Mihi ita videtur: Africanus in* l. 108. §. 2. de leg. 1. *innuit*, *olim de hac quaestione dubium fuisse*, *ipse vero pro legatario definit. Contra Ulpianus* l. 32. et 37. §. 1. eod. *videtur stare ab eorum partibus*, *qui electionem heredi tribuunt. Pomponium quod attinet*, *ad ejus forte mentem quadrabit distinctio inter legatum vindicationis et damnationis*, *si de eo velis intelligere* l. 20. de leg. 1. *de hoc autem* l. 45. §. 1. eod. et l. 43. §. ult. de leg. 2. *Caeterum Tribonianus in* §. 22. Instit. h. t. *amplexus est Africani sententiam.*

Responsio.

In d. pos. 5. *scriptum est*, *distinctionem inter legata damnationis et vindicationis esse sublatam. Id vero ita accipiendum est*, *ut naturalis diversitas sensus*, *quae cum verbis variat*, *nunquam sublata videri possit: hoc si teneas*, *argumentum* positionis 5. *nihil vetat uti responsione*, *quam eollocavimus: Scholiastae explicatio antinomiam ponit in conspicuo*, *quam Lectoris arbitrio committimus.*

N. A d d i t.

In priori asserto Autoris cum ipso consentio, *unde dubitanter locutus sum in Scholio*, *adhibendo vocem nescio. Sed antinomiam subesse*, *vel ideo sibi Lector eo citius persuadebit*, *quod Autor ejus mentionem tam patienter ferat*, *qui alias ad tales sententias de antinomiis non sine indignatione respondere solet.*

Deinque res, quae non sunt, ut animalia mortua, (*) nec esse queunt in rerum natura, nullo modo legari possunt; secus, si jam quidem non extent, futurae tamen sint. §. 7. h.

S c h o l i u m.

(*) *Id est* animalia, quae mortua sunt, sed quae vivere credebat testator. *arg.* §. 1. *Instit. de inut. stip. Nam animalia mortua*, *si ut mortua fuerint legata*, *cur non sint praestanda*, *causam non video. Aliud*, *si cadaver hominis legatum fuerit*, *quoniam hoc est res religiosa et extra commercium.*

DE PERSONIS QUIBUS POTEST LEGARI.

21. (u) Transeundum est cum Imperatore ad personas, quibus legata relinqui possunt. Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est passiva; ut intelligantur, qui heredes institui possunt, tametsi jus faciendi testamenti non habeant. §. 24. *h. t.* Sed olim personis incertis legata relinqui non poterant. Dicuntur autem incertae, quas testator confusa opinione animo suo subjecit, *περὶ οὗ ἐρωτώμενος τεστάτωρ οὐδὲν σαφὲς εἰπεῖν δύναται*, *de quo interrogatus nihil certi dicere potest testator*, ait Theophilus; veluti, quicunque filiam meam duxerit in uxorem; quicunque post mortem meam primus consul sit factus. His ideo nihil in testamento relinqui poterat, quia *certum debet esse testantis consilium*, inquit Ulpianus *in tit.* 22. §. 4. Legata scilicet testandi affectus causa relinquuntur, qui non potest habere locum adversus eum, quem testator penitus ignorat. Potest Vatinius, potest Catilina praelatus Catoni aut Ciceroni Consul fieri, cui ex illa verborum generalitate honos legati deberetur; sic et filia testatoris potest nubere moribus aut genere indigno, ut legata tam imprudenter concepta adeoque praeposteris eventibus obnoxia vim obtineant, dementiae proximum videbatur. Quia tamen odiosa res est cohibere voluntates testantium, ideo si non prorsus vaga et diffusa incertitudo esset, legata facile etiam a veteribus sustinebantur. Primo enim personae incertae legatorum erant capaces, si sub numero plurium certarum personarum continerentur, cujusmodi exemplum a Justiniano profertur, *ex cognatis meis qui nunc sunt*, *si quis filiam meam duxerit*, *ei heres meus illam rem dato.* Quod si additum non esset, *qui nunc sunt.* evanidum foret legatum, quia

(u) *Pos.* 43. 44. 45. 46.

(5) *Et hoc discrimen quod hoc in parte fuit inter legata damnationis et vindicationis debet videri sublatum*, *et indistincte legatario competere debet electio. Ratio enim cur olim in legato vindicationis legatarius posset eligere*, *quaeque adfertur ab Africano in L.* 108. § 2. de leg. 1. *hodie viget in quolibet legato quibuscumque verbis fuerit relictum. Confer Barth. Chesii interpret.* lib. 1. cap. 19.

non reperiret inteatio testatoris ullum habile objectum. *d.* §. 25. Si etiam vivo testatore incertitudo ad certitudinem redigatur, peti potest quod relictum est, uti cum dixit testator, *Illis qui testamentum meum signaverunt, heres meus decem dato*, *l.* 14. *de reb. dub.* Summa quoque ratio exceptionis est, si quis remunerandi insignis beneficii causa incertae personae aliquid praestari jusserit, hoe esse adimplendum, ne superstitione praeceptorum juris, contra naturam humanitatis trahamur, illiusque rei exemplum est in *l.* 5. *de reb. dub.* ubi testator reliquit aureos tot ei, qui restitutionem sibi a relegatione ab Imperatore impetrasset. sive is foret unus ex heredibus; *sive quis aliorum.* Quae verba satis refellunt eorum responsionem, qui incertitudinem in illo textu esse ajunt non absolutam, sed ex certis personis incertas fuisse designatas. Fuit haec ipsa ratio, quare posthumo alieno, qui in potestate testatoris non erat nasciturus, legari non potuerit, consequenter nec heres institui, §. 26. *h. t.* quoniam persona erat omnino incerta; si quidem constare non poterat, mas an femina, ater an albus, imo an unquam homo esset futurus. Suus autem posthumus, qui cum nasceretur in potestate testatoris erat futurus, ideo heres instituendus erat, ne testamentum rumperet agnascendo; sed et alienus institui jam olim poterat, ut legimus in §. 28. *h. t.* jure videlicet praetorio, quia cum nascebatur, consequi poterat bonorum possessionem secundum tabulas, *princ. Inst. de bonor. poss.* de quo articulo videatur D. Vinnius *ad d.* §. Verum subjicit Justinianus *hanc speciem a se esse emendatam*, §. 27. *h.* laudata constitutione sua, quae hodie non invenitur; ideoque dubium esse poterat, utrum emendatio tantum ad novissimam speciem de posthumis, an vero ad priora de personis incertis pertineret. Sed Theophilus adseverate, ad utrumque caput refert emendationem, ἅπαν τοῦτο, inquit, τὸ τῶν ἐγκείρτων παραδόξων διώρθωσεν. In sua editione distinguit noster Viglius, hoc sensu, *Totum hoc de incertis paradoxo institutum emendavit*; haud male; sed tum παράδοξον scribendum videtur; at subintelligi potest παραδόξως (κείμενον) Nam fuit hoc revera παράδοξον, voluntatem testatoris non impleri quando ex eventu constabat, in quem liberalitas testatoris redundare deberet. Quidni enim valeat legatum tale? Quicumque ex meis popularibus oratione publica mihi parentavit, qui funeris mei dux erit, huic decem dari volo. Recte hodie quaelibet dispositio testatoris non turpis aut impossibilis parendi necessitatem heredibus imponit. Quin et ipsum jus antiquum nullam subesse veteri instituto rationem naturalem, satis eo demonstravit, quod, si per errorem solutum esset legatum personae incertae, repetitionem sive indebiti condictionem negarent, ut Justinianus scribit in *d.* §. 25. Erat etiam hoc effugium ad evitandam scrupulositatem juris antiqui, ut heredi per modum conditionis implendae aliquid personae incertae solvendum injungeretur, veluti, Titius heres esto, si fundum Cornelianum dederit ei, qui sororem meam in uxorem duxerit: nam quod conditionis implendae causa dandum est, illud certis atque incertis personis relinqui posse et dari debere, Paulus respondit in *l.* 4. *de reb. dub.*

22. (w) Denique, ad hunc articulum de personis pertinet, quod est in §. 32. *et* 33. servo heredis pure inutiliter legari, at servo herede instituto, legatum domino *ejus simpliciter posse relinqui. Ratio diversitatis, quia cum servo heredis* pure legatur, adquisitio hereditatis atque legati in idem tempus incideret, quod fieri nequit; cum nemo simul heres et legatarius esse possit secundum idem. Sed cum servus heres, dominus autem legatarius est utrumque non fit eodem tempore. Nam legatum ipso jure post mortem testatoris immediate adquiritur, (6) hereditas demum per servum tuum, ubi dominus jusserit *d.* §. 33. Postea videlicet, ubi jussu domini servus hereditatem adierit, legatum terminos habiles amittit, idque tum sponte nullum fieri intelligitur, ut ibidem Justinianus.

DE JURE ACCRESCENDI.

23. (x) Sed revertendum ad §. 8. Justiniani, ubi de jure *Accrescendi*, quem locum praetervecti sumus, ut de Rebus legandis continuaremus: pertinet ad hunc articulum de personis. Saepe fit, ut Testator rem unam diversis leget personis, idque separatim vel conjunctim. Separatim eadem res legari dicitur, quando partes realiter distinguuntur, conjunctim quando pluribus eadem res in solidum relinquitur. Quod fit, cum aut diversis heredibus praestatio injungitur, aut alioqui mens testatoris legatum duplicari volentis indubitato elucet. Partes distinctas intelligimus, quando vel localis discretio est, ut *Titio partem quae flumini; Cajo partem quae viae proxima est*; vel etiam partes

(w) *Pos.* 47. (x) *Pos* 48. *et seqq. ad* 66.

(6) *Non ipso jure a morte testatoris Dominium rei legatae adquiritur legatario, sed hereditati, et tantum ab aditione hereditatis adquiritur legatario, uti probat* l. 80. de leg. 2.

simpliciter, at diverso commate exprimuntur, velut *partem fundi Titio*, *partem alteram Cajo*. Hoc est, quod Ulpianus in *l.* 1. *de usufr. accresc.* legare *separatim*, ait, *esse*, *cum unicuique pars rei sit relicta.* Quod si uno verborum contextu duobus eadem res pro partibus legetur, separati legatarii non intelliguntur, uti mox videbimus. Tertia separationis est species, cum diversi heredes rem unam diversis legatariis praestare jubentur, ut; *Titius heres esto*, *isque fundum Cornelianum Maevio dato*: *Cajus heres esto*, *fundum Cornelianum Sempronio dato.* Quamvis enim hi duo in rem eamdem vocentur, diversitas tamen heredum et praestationum aperte conjunctionem respuit. *l. pen. eod. tit.* Ad priorem speciem pertinere videtur, si proprietas, deducto usufructu uni, et ususfructus ejusdem rei vel pars ejus alteri legetur. *l.* 6. . 1. *eod.* Verum, si fundus simpliciter uni, ususfructus alteri sit relictus, hi duo in usufructu conjungi censentur. *l.* 3. §. *ult. eod.* Conjunctio traditur in Jure triplex; Prima, quae *Re ac verbis* fit, altera *verbis tantum*, deinque *Re tantum*. Re verbisque simul conjuncti sunt, qui in eamdem rem indistinctis partibus, unoque orationis complexu vocantur, velut *Titio et Sejo fundum Tusculanum do lego*, vel *Titio cum Sejo*, *l.* 36. §. 2. *de Leg.* 1. aut etiam collective fratribus meis, nepotibus meis. *l.* 13. *in pr. l.* 59. §. 2 *de Hered. instit.*

Scholium.

Hoc tamen casu, si unus ex fratribus ante mortem testatoris moriatur, non obstante quod fratres et nepotes hic videantur verbis et re simul conjuncti, portionem ejus solis fratribus reliquis accrescere puto, argumento l. 13. in pr. *junct.* d. l. 59. §. 2. de hered. institut. *et ad rationem objectam respondeo, vinculum unionis fortius esse hoc casu vinculo conjunctionis.*

Responsio.

Nec aliud a me cogitatum est. Haec verba fratribus meis, nepotibus meis, *tanquam exempla separata posui, ut fratres inter se, nepotes inter se, non fratres ac nepotes simul conjuncti intelligerentur. Bene tamen id heic ita motum est, expositionis ut causa latioris daretur.*

Deio *Verbis* tantum, cum eadem quidem oratione diversi in rem unam, sed pro partibus vocantur, simplicibus tamen, non realiter distinctis, *Titio et Sejo fundum Æmilianum do lego ex aequis partibus. Re* tantum, quando re ipsa quidem ad rem eamdem, diversis tamen orationibus vocantur, quo respectu *disjunctos* aliquando appellari videmus. §. 8. *h. l.* 1. §. 3. *de usufr. accresc. et l. un.* §. 11. *C. de Cad. toll.* De his tribus formulis vide *l.* 142. *de V. S. et l.* 89. *de leg*, 3.

24. Porro sciendum, discrimen inter relicta separatim vel conjunctim nobile et eximium esse; Nam eorum quibus separatim res relinquuntur, partes deficientes apud eos, a quibus erant praestandae, manent. *d. l. un.* §. 4. *et* 8. *C. de Cad. toll.* At quae conjunctim legantur, ea si deficiant, collegatario conjuncto adquiruntur. *d. l. un.* §. 11. Deficere autem legata tribus modis sciendum est; primo, quae inde ab initio non valent, dicunturque *pro non scriptis* haberi; tum quae vivo testatore per mortem eorum, quibus relicta erant, aut conditionis aliunve defectum, *in casum caduci* incidebant. Tertio, quae post obitum testatoris ex simili defectu, aut repudiando intercidebant, eaque sola veteres caduca appellabant, *d. l. un.* §. 2. sed morte legatarii hodie caduca post obitum testatoris non constituuntur, quia non ut olim dies cedit ab apertis tabulis, sed a morte confestim, *d. l. un.* §. 1. tralatitium autem est, legatarium post diem cedentem mortuum, transmittere suum jus ad proprios heredes. *l.* 5. *in pr. Quand. dies legat. cedat.* Quocunque igitur modo conjunctorum unus deficiat, sive ab origine, sive ante, seu post extinctum testatorem repudiando, pars ejus alteri advolvitur, jure *Accrescendi*, quo forte vix aliud subtilius in arte nostra traditur. Fundamentum ejus est praesumpta voluntas defuncti, qui deficientem partem credidit ad eum potius, cui rem eamdem legavit, quam ad alium quemquam vel ad heredem, a quo rem legavit, velle devolvi (7).

25. Definiri potest. Jus, *quo pars deficientis conjuncto adquiritur*, legatario vel heredi; quippe in utrisque locum et usum habet. Cujacius in *parat. de Usufr. accresc.* est Jus, inquit, *nanciscendae* aut *retinendae partis ejus*, *qui non concurrit vel concurrere desiit.* Verba *nanciscendae* aut *retinendae*, ad duplex jus, quod aliqui inculcant, respiciunt, nempe aliud esse Accrescendi, aliud jus non decrescendi. Illud in reliquis, hoc in Re tantum conjunctis obtinere. Cum enim hi solidum ab initio singuli habeant, si uno deficiente, solidum alter eum effectu adipiscatur, portio ejus non tam crescere quam non decrescere videtur, ut disserit Justinianus *in d. l. un.* §. 11. Atqui Celsus in omni conjunctione ita comparatum esse affirmat, ut dicere liceat, *totam*

(7) *De origine et fundamento hujus juris consule Corn. Van-Bynkershoek observat.* lib. 2. Cap. 5.

hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. l. 80. *de leg.* 3. Idque res ipsa fateri cogit. Nam testator duos in rem esmdem conjungens, ideo non in partes sed in rem totam singulos vocat, quia deficiente uno, superstiti rem totam praedestinat; concurrente autem utroque, cum sciat e singulis rem totam occupari non posse, vult scilicet, partes fieri. Prout autem vel concursus vel defectus magis ipsi ante oculos versatur, ita formulam conjunctionis huic magis quam illi scopo adtemperat. In conjunctione verbali de concursu maxime cogitat; ideo partium facit mentionem, non ut realiter eas distinguat, tunc enim conjunctio non foret; sed ut, quid fieri velit, legato ad utrumque perveniente, significet. In Reali formula testatoris sollicitudo exprimi videtur, reputantis, quot casibus fieri queat, ne uterque legato potiatur; Ita quasi unum duntaxat superfore crederet, distinctis periodis utrumque ad rem totam, quae alterutri saltem obveniet, vocatum voluit. In mixta autem reali verbalique simul, uterque eventus tam concurrentis utriusque quam alterius deficientis consideratus videtur. Ideo neque partium in ea fit mentio, neque res tota singulis obnixe assignatur; uterque legatarius ita jungitur, ut tam partes singuli quam totum habere videantur. Summa, in omnibus conjungendi formulis singuli revera et partem et totum habent, adeoque et omnes conjuncti, Re sunt conjuncti. Differentia triplex a verborum conceptione oritur. Unde sequitur, non admodum esse necessarium, in Re conjunctis negare jus accrescendi, quia sane collegatarius deficiente altero, plus quam in concursu habuisset, adipiscitur: qui solus retinet, quod cum alio partiri debuisset, numquid is incrementum sentire negabitur? In conjunctis quoque caeteris jus non decrescendi intelligi posset, quoniam et hi ab initio rem habent totam: quae cum postea ipsis obtingit, potius non minui legatum quam augeri videbatur. Contenti simus uno jure accrescendi; ne geminatis terminis etiam materiae difficultas sic satis intricatae duplicetur.

Verba ultima in definitione Cujacii, *qui non concurrit vel concurrere desiit*, continent aliam differentiam, quae est inter proprietatem et usumfructum ejusdem rei duobus conjunctim relictum; Nam jus accrescendi in proprietate extinguitur, ubi primum legatarii concurrunt jusque transmittendi ad heredes sunt nacti, sed in usufructu jus accrescendi, dum vivunt legatarii, semper obtinet, ita ut, moriente uno, ususfructus cum proprietate nec consolidetur, sed alteri conjuncto accrescat. *l.* 1. §. 3. *de usufr. accresc.* ubi et ratio redditur, quod proprietatis adquisitio uno temporis puncto fiat, primoque adquirendi actu ita consumetur, ut adquisitor postea mortuus nullo modo deficere dici possit. At ususfructus natura maxime in exercitio percipiendi fructus consistit, semperque et *quotidie constitui*, quotidie *legari* videtur, ut est in *d. l.* 1. §. 3. unde ususfructus, quocumque fructuarius tempore moriatur, respectu futuri adhuc deficere videtur; Ac ita quocunque tempore *non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum*, ait Ulpianus in *d. l.* 1. §. 3. *in fin.* Videtur alia reddi posse ratio clarior et simplicior, in §. *ult. supra de usufr.* quod ususfructus cum proprietate non consolidetur, nisi totus fuerit finitus; Unde sequitur, si conjunctim duobus ejusdem rei fructus legetur, uno quandocunque moriente, partem ejus alteri accrescere, quia ad heredem transire nullo modo potest, neque ad proprietarium, propter regulam *d.* §. *ult.* Sed vereor, ne non tam jus accrescendi post concursum ex illa regula derivatum, quam regula ista ex continuo jure accrescendi sit orta. Quid enim impedit, usumfructum pro parte finiri et ad dominum redire? V. *l.* 74. *de C. et D.* an hic partis emolumentum non perinde potest percipere? Sed obstat, quod conjunctus accrescendi jure praeferatur; Et hinc regula, usumfructum pro parte non finiri, sed partem, ei qui partem habet alteram, adquiri.

Habet locum jus accrescendi inter omnes quacunque formula conjunctos. *l. un.* §. 5. *et seqq. C. de caduc. toll.* Et quidem de his, qui re et verbis simul junguntur, nulla dubitatio est; de Re conjunctis sunt textus in *l.* 89. *de leg.* 3. *et* §. 8. *I. de leg. l.* 30. *de C. et D.* in quibus separati, nempe quod ad commata orationis, dicuntur. Haud de nihilo quaeritur, an accretio obtineat, cum duobus eodem quidem testamento, sed non continuis periodis, verum in diversis testamenti paginis aut partibus interjectis legatur. Hotomannus *ad* §. 8. *Inst. de Leg.* non arbitratur, sed eo casu rem ei totam cui postremo legata est deberi, ac ita respectu primi legatarii esse ademptionem. *l.* 87. *et seqq. de C. et D.* Verum Paulus in *l.* 33. *de leg.* 1. censet, ademptionem non praesumi, nisi apertissime illa mens defuncti fuisse appareat; similiter duplicationem legati non nisi de voluntate constet, agnosci. In dubio igitur creditur utrumque ad legati partes voluisse vocatum. Spectatur quidem novissima in legatis voluntas, *d. l.* 87. sed ita nimirum, si mutatio voluntatis eluceat. Quare contra Hotomanonum jus accrescendi locum videtur habere, non modo si immediate legatarii jungantur, sed etiam per intervalla, modo ne verba prae se ferant animum adimendi. Sed hac in re scrupulum movet Scholiastes noster.

Scholium.

At quomodo? Sane si ita dixerit; Stichum quem Titio legavi, Maevio do lego, *ademptio est, non conjunctio.* §. 1. Instit. de adempt. leg. *Sin ita*; Eumdem Stichum, quem Titio legavi, Maevio do lego, *praesumptionem magis pro ademptione esse quam pro conjunctione arbitrar. Adeoque legatario priori probatio incumbet, conjungendi animo legatum fuisse factum.* vide quos citat. D. Voet. ad tit. Inst. de adempt. legat. n. 3. p. m. 822. *Idem esse puto, si priori pagina dixisset*, Stichum do lego Titio, et *pagina sequente dicat*, Stichum do lego Maevio etc.

Responsio.

Hac ultima casus specie satis evidens est conjunctio realis; ut etiam, si quis ita leget una pagina, Fundum Cornelianum Primo do lego. altera, eumdem F. C. Secundo lego, nihil profertur, cur ademptia videri debeat; multo minus, si particula etiam, vel similis συγχωρητικὴ adjiciatur. Ex verbis sane praesumptianem in alterutram partem esse colligendam, non est recusandum.

N. Addit.

Hoc vero posito, quod ex verbis praesumptio in alterutram partem sit colligenda, duobus verbis dubio in Scholia proposito poterat respondere Autor, si addita fuerit particula conjunctiva etiam *vel similis. Si enim, etiam post intervallum, dicat testator: Stichum, quem Titia legavi (sive Eumdem Stichum quem Titio legavi; sive simpliciter: Stichum)* etiam *Maevio do lego, haud dubia nan est ademptio sed conjunctia. Tali particula omissa firmior erit, ut puto, mea ratio dubitandi. Neque enim in exemplo ultimo Scholii, neque in exemplo quod Autor addit, evidens est conjunctio realis. Quid enim interest, postquam Titia legavi Stichum, sive dicam, Eumdem Stichum, quem Titio legavi do lego Maevio, sive eundem Stichum simpliciter? (nam sane idem Stichus est, non alius quam quem Titio legavi.)*

Etiam videlicet inter eos, qui verbis tantum conjuncti dicuntur, secretio est, ut clare probat *d. l.* 89. *de leg.* 3. quae et praerogativam iisdem, prae conjunctis re tantom, adscribit. Nam quod inter eos, qui partes habent ab initio cessare jus accrescendi legimus, *l.* 1. *pr. de usufr. accresc.* id de partibus separatim relictis, non de iis quae sola intentione testatoris discernuntur accipiendum, juxta ea quae dicta sunt modo (8).

26. Differentia tamen inter species conjunctionum non est nulla, si quidem re tantum conjuncti partem deficientis ita nanciscuntur, ut onus, quod personae, quae deficit praestandum injunctum erat, ipsemet implere non teneatur, cum id reliquis conjunctis omnino incumbat. Quod ideo placuit, quia Re conjunctus magis expresse solidum habet ab initio, quam caeteri; ideoque hoc, onere adventitio minui non debeat. *l. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* Alio tamen respectu Re tantum conjunctus deteriori conditione utitur, quando cum aliis conjunctis in eadem re concurrit. Nam ex caeteris uno deficiente, portio ejus ad superstitem in eadem formula pertinet; sed ex re conjunctis mortuo altero, deficientis pars ad collegatarios quacunque formula conjunctos devolvitur, quoniam ad eamdem rem vocati non minus quam pro conjunctis re saltem haberi possunt, ut pluribus docetur in citata *l.* 89. *de Leg.* 3. Ex. gr. Primo et secundo fundum Cornelianum do, lego. Tertio eumdem fundum Cornelianum do, lego. Quarto eumdem fundum Cornelianum do, lego. Quinto et Sexto eumdem fundum do lego aequis partibus. Moritur primus, partem ejus habet Secundus. Deficit Sextus, pars ejus accrescit Quinto soli. Tertio deficiente, pars ejus ad omnes ex aequo pertinet; quia omnes aeque Re sunt conjuncti se Quartus. Caeteri arctius iis, qui sunt in eadem formula conjuncti, reliquis praeferuntur. Observandum tamen est, singula conjunctorum paria non plus accipere, quam unus ille Re conjunctus accipiat. *d. l. un.* , 10. *l.* 89. *de legat.* 3. *et l.* 34. *de Legat.* 1. *in pr.*

Scholium.

De coheredibus adsertionem concedo, per d. l. un. §. 10. *At quoad collegatarios mallem dicere*, d. l. 34. de leg. 1. *abrogatam esse per* d. l. un. §. 11. *junct.* §. 10. in fin.

Responsio.

Constitutionem generalem de partibus adaequandis ad illum specialem casum extendere, non habet rationem.

N. Addit.

Sane non intelligo, quid velit hac responsiane, partim, quia in d. l. 34. pr. de legatis 1. *non est specialis casus, sed verba sunt satis generalia.* Si conjuncti disjunctive

(8) *Juvabit his addere Jos. Averanis interpret.* lib. 4. Cap. 19. et 20. *Barth. Chesii.* lib. 2. Cap. 10.

commixti sunt, conjuncti unius personae potestate tunguntur; *partim quia haec responsio obstat ipsi assertioni Autoris, ut qui in* d. l. un. et d. l. 34. *putat eumdem esse casum. Interim jam mallem, re distinctius proposita ab Autore, in ejus sententia acquiescere, et verba ista* d. l. 34. *in qua tum temporis putabam latere antinomiam, explicare in eum sensum, quem Autor habet hic in textu*, versic. observandum tamen.

Si plures sint legatarii, portio deficiens accrescit partibus aequis, etsi legata sint inaequalia, *d. l. un.* §. 11. qua derogatum videtur *l.* 4. *de leg.* 2.

Scholium.

Dissentit Perez. ad tit. C. de cad. tollend. n. 17. *qui unicuique vult accrescere pro portione legati jam agnita. Sed obstat huic assertioni* d. §. 11. l. un. *verbis*: pro virili portione, *quae verba quamvis* Perezius *exponat, quod idem valere debeant, ac si Imperator dixisset*: pro portione seu rata partis cuique relictae. *et ad* §. 8. d. l. unic. *provocet. Tamen* d. §. 8. *satis aperte est contrarius in verbis*: pro virili portione, *id est pro numero personarum.*

27. Causa, ut in principio diximus, juris accrescendi, est praesumpta voluntas testatoris; quae cum aeque obtineat in quantitate quam in specie legata, nihil causae esse videtur, quare summis viris adsentiendum sit, qui in quantitatibus cessare jus accrescendi opinentur, manifesto eadem adstruitur ex *l.* 15. §. 2. *de leg.* 1. Tu vide Sandium *l.* 4. *tit.* 4. *def.* 7. Contrariae opinionis textum in *l.* 7. *de leg.* 2. cum glossa, recte accipiemus de casu, quo alter conjunctorum capere quidem adhoc non potest, speratur tamen, secundum singulares rationes, quales in *l.* 34. §. 9. *et l.* 84. §. 8. *de Leg.* 1. (9) Porro, cum extra ultimas voluntates ratio, qua introducitur accrescendi jus deficiat, consentaneum est, in contractibus aliisque actibus inter vivos cessare ejusmodi accretionem, neque enim si Titio et mihi stipulatus sim aut aliquid emerim pro parte illius inutiliter, id meam partem auget, sed *aliena pars deducitur. l.* 110. *de V. O.* Etiam vero in ultima voluntate, si conjunctorum alter habeat substitutum, voluntas expressa testatoris hanc tacitam, quae facit accretionem, excludit. *l.* 2. §. 8. *de b. poss. sec. tab.* In alimentis quoque legatis cessat id jus, *l.* 57. §. 1. *de usufr. et quemad.* cui legatum usus merito addatur, ut bene Perezius *ad d. l. un. n.* 23. quia in his legatis non obscure cessat praesumptio de voluntate testatoris. Adde casum *l.* 74. *de C. et D.* Alioqui non tantum habet locum, inquam, in legatis, sed etiam in Hereditate, tam testamentaria, *d. l. un.* § 4. quam legitima, *l.* 9. *de suis et legit.* etiam Praetoria *l.* 3. , *ult. et seqq. de bon. poss.* et fideicommissaria. *l.* 43. *ad Sc. Trebell.* Quin et post Querelam Inofficiosi, altero desistente. *l.* 23. §. 2. *de inof. test.* Denique et altero heredum praescriptione temporis excluso. *d. l.* 23. §. 2. *in fin. et l.* 4. *de bon. poss.* Cessat tamen in hereditate militis. *l.* 6. *de Testam. mil.* (α) Scilicet, ratio juris accrescendi in legatis una est, praesumpta voluntas testatoris, (β) quod partem legati deficientem potius ei destinaverit, quem jam vocaverat ad eam rem, quam heredi a quo eam reliquit. At in hereditate est adhuc alia fortior ratio, (γ) quod Paganus pro parte testatus et pro parte intestatus decedere nequeat, *l.* 7. *de R. J.* quod fieret, si pars hereditatis deficiens scriptis heredibus non accresceret; (δ) haec autem ratio in milite cessat. *d. l.* 6. Denique, jus Accrescendi finitur, quando singuli suas partes adquisiverunt, *l.* 80. *de Leg.* 3. excepto usufructu, *l.* 1. §. 3. *de Usufr. accr.* de quo ad *Pand.*

Scholium.

(α) *Sed hic quidem textus sententiam Autoris non probat; Neque argumentum quod exinde vult deducere. Nam sive legatum in testamento militis consideremus;*

(β) *Haec scilicet voluntas praesumpta etiam in testamento militis locum habebit, et adeo simul juri accrescendi erit locus, ne privilegium in favorem militis inventum, in ipsius torquentur odium: deinde, quod coheredes in testamento militari concernit,*

(γ) *Vox haec, qua utitur*, adhuc, *innuit, quod ratio de praesumpta voluntate, etiam juris accrescendi inter coheredes fundamentum sit, quamvis non sola. Ergo,*

(δ) *Quamvis haec altera ratio in testamento militari cesset, ob priorem tamen et hic jus accrescendi observari dicerem. Excipe casum, si miles in re certa heredem* instituerit. d. *l.* 6. de test. mil. *sed hoc jus accrescendi est improprie tale, quia ibi non est coheres deficiens. Excipe etiam, si miles prohibeat expresse jus accrescendi.*

Responsio.

De legato adsentior, nec aliter habet positio. De hereditate puto argumentum d. l. 6. *peremptorium esse: heres militis habet*

(9) *Sed malim cum Averanio interpret.* lib. 4. cap. 19. n. 12., 13. et 14 *omnes hos textus accipere de legatis damnationis, in quibus jure veteri non erat jus accrescendi.*

quod ei relictum est; nihil amplius. Sed omnis haec quaestio praeciditur in l. 37. de testam. milit. *ubi in terminis nostris jus accrescendi negatur e testamento militari.*

N. Adnot.

Hic primo miror, quod Autor de hereditate militis nihil responderit ad objectionem scholii sub lit. (y) *utpote quae tollit id argumentum quod Autori placet peremptorium vocare. Heres militis nihil habet amplius quam quod ei relictum est, nisi scilicet voluntas militis vel expressa vel tacita aliud velit. Denique non ita universaliter ac indistincte, ut Autor innuit, negatur in hereditate militis jus accrescendi in* l. 37. de test. milit. Si duobus a milite, *ait Paulus*, liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest; nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero, ad alterum vellet totam redire hereditatem. *Mihi itaque sic videtur dissensus noster conciliari posse, secundum ductum Scholiorum. Aut miles partes adscripsit heredibus vel res certas, et tunc non habet locum jus accrescendi, nisi voluntas militis aliunde probetur*, d. l. 6. d. l. 37. de testam. milit. *aut nullas partes adjecit, sive in una propositione conjunxerit, dicendo: Primus et Secundus heredes sunto; sive saltem re conjunxerit, Primus heres esto: Secundus heres esto. Et tum, ut in testamentis paganorum, aut etiam, ut in legatis militaribus (quod Autor concedit in responsione) ex praesumpta militis voluntate, jus accrescendi locum habebit.*

Usu fori jus accrescendi abolitum esse, testatur Voetius ad §. 8. in *f. h. t.* Quod ego tam cruda accipiendum nullo modo putem. vid. Zutpheo. *tit. de Legat.* §. 29. Sandium 4. 4. 8.

DE MODO LEGANDI.

28. (y) Diximus, quando non constat quid voluerit testator, tum intercidere voluntatem ejus; quod tamen minime intelligitur fieri; quoties est lapsus in nomine legatarii vel rei legatae aut demonstratione vel etiam causa legati, quemadmodum docet Imperator in §. 29. 30. *et* 31. quae res pertinet ad modum legandi, juxta ordinem, poenam, conditionem et modum in specie dictum. Nominis error nihil nocet, proprii scilicet, sive praenomen seu cognomen vel agnomen sit aut quod nomen simpliciter vocamus; modo constet ex aliis descriptionibus, quam personam testator designaverit. §. 29. Quatuor nominum species recenset Imperator, quas recte satis explicat Vinnius *ad hunc* §. (10) nisi quod, cum agnomen non fuisse necessarium scribat, tria reliqua perpetuo in usu fuisse adfirmat: cum tamen nec Caji Marii, nec Quinti Sertorii, nec Lucii Mummii pluriumque fuerit ullum cognomen. Theophilus, nomen τὸ κύριον, absolute dictum, interpretatur id quod est praenomen; Cognomen vocat ἐπώνυμον, ut Pius, Superbus; praenomen χρηματισμός, a majoribus sumptum, quod est nomen simpliciter. Male sine dubio. Posidonius τὸ κύριον nomen volebat esse primum, quem refellit Plutarchus *in Mario pr.* hoc argumento, quod tum feminae fuissent innominatae, quibus non erat id, quod primo loco ponitur. Res ita fuit, Ordinaria nominatio triplex erat. Ex. gr. Marcus Tullius Cicero, Titus Pomponius Atticus. Primum, ut *Marcus, Titus*, est praenomen, quo domi suae quique ab aliis discernebantur, ut Marcus a fratre *Quinto* Tullio Cicerone. Secundum est Gentis, κοινὸν Plutarcho, *commune* cunctis ex eadem gente: *Tullius, Pomponius.* Cognomen προσηγορικὸν Plutarcho, fuit Cicero, Atticus; Sic Cajus Julius Caesar discrepat a Lucio Julio Caesare: Cognomen igitur ejusdem gentis familias discernebat. Agnomen, quod Justinianus quarto loco posuit, extraordinarium et plerumque a rebus gestis adscriptum fuisse, ut in Publio Cornelio Scipione Africano, in Asiatico, Numidico, Achaico, Britannico aliisque exempla sunt. Haec de nomine proprio. Error autem nominis appellativi, quod dicitur, cum hoc sit repertum ad essentiam rei exprimendam (propria sunt arbitraria) magis noxius habetur. Nomen appellativum est quasi demonstratio essentialis cujusque rei, et *demonstratio plerumque vice nominis fungitur*, ait *l.* 34. *in pr. de C. et D.* sed reliquae descriptiones, quae circumstantias et accidentia rerum spectant, *demonstrationes* a nostris appellantur; quarum falsitas, quia substantiam rei non attingunt, nemo miratur quod legato nihil noceat; modo constet, aliam rem a testatore designatam, aliamque dari voluisse. Si enim aliquid certo loco circumscriptum, idque solum legaverit, nec tamen ejusmodi res in eo loco reperiatur, manifestum est, nihil aliud posse praestari; ideoque legatum fieri evanidum. Exemplum est, si dixerit testator, *centum quae in arca habeo, Titio lego*; tunc enim corpus, quod in rerum natura non est, legatum videtur. *l.* 1. §. 7. *de dote praeleg.*

(y) *Pos.* 67. 68. 69. 70. 71.

(10) *Cui adde Hein. in notis ad Vinn.* §. 29. h. t. n. 2.

Proinde, si legaverit mille, quae in arca habeo, et dumtaxat centum reperiuntur, non plures quam centum poterunt peti a legatario. *l.* 108. §. 10. *de leg.* 1. (11)

29. Longe minus quam demonstratio, falsa Causa legato adjecta nocet, ait Justinianus in §. 31. *h. t.* idemque Cajus in *l.* 17. §. 2. *de condit. et demonstr.* Rationem reddit Papinianus in *l.* 72. §. 6. *eod. quia ratio legandi legato non cohaeret*, quemadmodum nomen vel demonstratio; quippe per causam intelligimus rationem impulsivam, quae testatorem ad legatum relinquendum movit ac induxit, petita ex eo, quod legati tempore jam praeexistit. Ejus, inquam, falsitas nihil nocet, quia in his non consistit substantia liberalitatis, ὁρμὴ tantum et occasio inde nata est, in qua licet erraverit testator, haud tamen ideo affectus in legatarium evanescere creditur: neque enim praesumitur, citra illam causam nihil legatum iri fuisse, quando, licet maxime de testatore bene meritus sit legatarius, minime illa se ad legati ἀντίδωρα obstrictum sciebat. Certum praeterea et usu notum est, ejusmodi causas frequenter a testatoribus apponi voluntatibus, ut speciem magis et colorem ad vitandam invidiam liberalitati suae erga aliquos concilient, quam quod omne ab illis momentum pendere velint; ut si quis uni amicorum plus se legare dicat, quia non adeo sit copiosus, alteri minus, quia sit opulentior; etiamsi haec res contra se habere deprehendatur: nemo tamen ideo legatum intercidere dicet. Rursus aequitati parum videri potest consentaneum, si quis vere motum aliqua ratione ad legandum, opinione deceptus in hominem nihil de se meritum liberalitatis elogium contulerit, hoc ab herede, licet errorem defuncti probare parato, esse praestandum. Huic incommodo, uti ratio dictat, occursum est legibus, auctore Papiniano in *d. l.* 72. §. 6. *de C. et D. sed plerumque*, ait, *doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturum non fuisse.* Quoties constat, nec raro facile constare potest, quod testator unice ob causam illam putativam legatum posuerit, de quo alioqui nec cogitasset, valet adhuc equidem legatum et peti potest; sed locum habet, quod in arte nostra frequenter usu venit, ut quod summo jure nobis datur, per exceptionem, aequitatis intuitu, rursus eripiatur.

30. (s) Sequuntur tres juris antiqui emendationes, in quibus hunc titulum claudit Imperator. Prima est, nihil interesse, quo ordine legata tabulis testamenti scribantur, utrum ante, an post heredis institutionem. Scripta legata non valebant, quasi *extra tenorem testamenti locata viderentur*, ἐκτὸς εἶναι δοκεῖ τῆς διαθήκης, ait Theophilus. Nam quia institutio heredis caput ac fundamentum testamenti habetur, * cui reliqua superstrui deberent, id quod sine fundamento collocaretur, nullius valoris existimabant. Sed non placuit Justiniano simplicioris δικαιολογίας auctori tam praecise inhaerere comparationi moralia cum physico aut artificiali fundamento; statuitque rectissime, ut legata subsistant quacunque parte posita testamenti, etiam videlicet ante heredis institutionem; merito incivile reputans, scripturae ordinem quidem sequi, sperni autem testatoris voluntatem, in §. 34. At verum nihilominus est, ordinem magis naturalem eum esse, ut legata sequantur, institutio, utpote caput ac basis testamenti, praemittatur. Ut ego quidem nostros cuperem rogatos tabelliones, ne ita sibi, quemadmodum plerumque fieri videmus, placeant, legata primo loco et saepe longa serie recensentes, ipsamque institutionem tantum non, et quandoque prorsus extremo loco subjicientes.

(a) Altera veterum subtilitas erat, quod legatum post mortem heredis aut legatarii nullum valere poterat, §. 35. *h. t.* idque ob duplicem rationem, et quod non placeret, heredem heredis a testatore posse onerari, teste Ulpiano *tit.* 24. §. 16. et Paulo 3. *sent.* 6. §. 5. et quod regula esset, actionem, quae non coepisset a defuncto vel adversus defunctum, initium ab herede vel contra heredem capere non posse, quam Theophilus *in hoc* §. commemorat. ἀγωγὴ ἡ καθ' ἡμῶν μὴ ἀρξαμένη, τοὺς ἡμετέρους οὐ διαβαίνει κληρονόμους. Scilicet, quia mors est ultima linea rerum, a ratione alienum videbatur, aliquid ex persona defuncti post obitum ejus nasci atque inchoari. A simplicitate etiam juris gentium abhorrere visum, ut dispositio testatoris non modo in id tempus valeret, quo ipse non erat futurus in mundo, sed etiam quo is, quem post fata sua devinctum habet, vivere desiisset. Eadem ratio obtinebat, in *pridie quam moriar*, *vel mortuus erit ille*: rationem Theophilus reddit, ἐπειδὴ ἐκ τελευτῆς καταλαμβάνεται, πάλιν εἰς τὸ post mortem ἐμπίπτει. *quoniam dies pridiana mortis non nisi ex morte colligitur, rursus in idem, post mortem, incidit.* Sed si *pridie quam moriar* non valet, quam reddemus rationem, quare *cum moriar* ita legatum subsistebat, ut Paulus et Ulpianus locis modo

(s) *Pos.* 72. (a) *Pos.* 82.

(11) *Copiose et solide pro more suo, haec quae de falsa demonstratione hic attigit Auctor, explicat Jos. Averanius interpret.* lib. 5. cap. 13. et seqq.

* Conf. Dec. Et. 46.

eltatis scribent, et discimus ex *l.* 1. §. 2. *et l.* 79. §. 1. *de C. et D.*? Nam si moriendi tempus vitae tribuitur, ut est in *l.* 18. §. 1. *de manum. testam.* nonne lux praecedens multo potius vitae spatio adscribenda? Dicendum videtur, hoc interesse; quod *pridie quam moriar* nunquam in praesenti possit cognosci; sed tum demum postquam praeteriit, utique in ordinario cursu vitae humanae: tempus autem moriendi, civiliter cerni atque animadverti queat; neque enim moriendi tempus ita coarctamus, ut illud novissimum *τὸ ἐν ἀτόμῳ* punctum accipiamus, *τὴν ἐξαίφνης φύσιν* quemadmodum Plato, quod nec vitae nec mortis est, de quo Gell. *l.* 6. c. 13. sed laxius, nimirum illud spatium quo animam aegrotus agit et supremos ducit spiritos, quod adeo non potest non discerni, ut etiam tuoo amici convocentur. Ideoque eo tempore, cum adhuc perspicue vivit qui viam mortis ingreditur, dici potest in praesenti: *jam existit obligatio.* Sed de legato, *pridie mortis*, inpraaseotiarom id nunquam praedicari potest. Verum hodie, insuper habita tam anxia subtilitate, non habetur iosolens, legatum quomodocumque reliaqui, atque etiam in tempus post mortem legatarii aut heredis conferri, idque exemplo fideicommissorum, de quibus jam olim obtinebat, *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. a se constitutum narrat Imperator in §. 35. *h. t.* Regulam autem, qua negabatur actio dari in heredem, quae non antea in defunctum ipsum competierat, sustulit idem Justinianus in *l. un. C. ut act. et ab her.* scilicet voluntas testatoris ejusque favor, subigit omnes juris subtilitates.

(b) Tertia juris vetusti emendatio in §. *ult.* continetur; Olim legatae poenae causa relicta non valebant, ejusmodi quae causam et scopum haberent coërcitionem heredis; nam si quid ad instar paenae legato adjiciebatur, non coarctaodi heradis ergo, sed ut legatom melius pertingat, ait Ulpianus *tit.* 24 §. 17. de ejus bonitate non dubitabatur, ut exemplo discimus ex *l.* 1. *de penu leg.* Coërcendi heredis causa legabatur, quando testator, si quid faceret vel non faceret heres, eum legati aliis praestandi damnabat. Quare id improbaverint, duas Theophilus rationes reddit: prima est, quod cum legatum ex voluntate et studio testatoris erga legatarium, ideoque a certo illius judicio proficisci debeat, mali exempli sit, hoc ita disponere, ut plane ab heredis arbitrio pendeat *μισεῖ ὁ νόμος τὸ λέγατον τὸ τῇ γνώμῃ ἀποκείμενον τοῦ κληρονόμου* Ratio altera, quod rationi adversum videbatur, ut quod benevolentiae atque affectus causa erga amicos est institutum, id convertatur in odium heredis. Sedconstituit Justinianus, ea, quae poenae nomine relinquuntur, nihil a caeteris distare legatis conditionalibus, exceptis iis quae impossibilia sint vel legibus interdicta aut alias probross. Etsi enim conditio impossibilis ultimas voluntates non vitiare sed pro non scripta haberi dicatur, id tamen de his, quae legatario, non de iis quae heredi imponuntur, accipiendum, cujusmodi etiam pocose sunt, *quibus proinde Legatum vitiatur*, §. *ult. h. t. τὸ* impossibile explicatur *in favorem ejus cui adjicitur.* (12)

DE JURE PETENDI LEGATUM.

31. (c) Satisfactum est ita quidem huic titulo secundum ordinem Justiniani. Tantum de Actione pro legatis competente locum, qui occurrebat in §. 2. *sub. fin.* transmisimus. Subjiciemus, eum heic loci, et simul de omni jure petendi legatum breviter collocabimus. Nascitur hoc jus, quando dies cedit, et jam diximus, diem legatorum et hereditatum cedere statim a morte Testatoris. *l.* 5. §. 5. *Quand. dies leg. ced. l. un.* §. 1. *et* 5. *C. de Cad. toll.* Excipiuntur legata ususfructus et libertatis, quorum dies cedit ab adita hereditate. *d. l. un.* §. 6. Conditionalia et in diem incertum relicta, cedunt post conditionem existentem. *l.* 4. *in pr. et l.* 5. §. 2 *Quand. di. leg. ced.* (13) Sand. 4. 4. 7. *v. in tertia.* dies certus et conditio impossibilis faciunt puras voluntates. *d. l.* 4. §. 1: *d. l.* 5. §. 4. Effectus, inquam, diei cedeotis est, quod jus agendi parit et quod moriens post eam diem, sibi relicta traosmittit ad heredem; ante eam si decedat, Legatum manet penes heredem testamento scriptum. *l.* 3. *et. l.* 4. *et pass. d. t.* Caeterum, dies legati non venit, hoc est, legatum, actu non potest peti, ante hereditatis aditionem, cum non sit prius a quo petatur; proinde si hereditas non adeatur testamenti vis resolvitur. *l.* 181. *de R. J. l.* 9. *de testam. tut.* et legata intercidunt. §. 2. *in fin. I. de Leg. Falcid.* Casus exceptos vide apud

(b) *Pos.* 73. 74. 75. (c) *Pos.* 78. *et seqq.*

(12) *De legatis poenae nomine relictis extat elegans Dissertatio Viri Ampliss. Cornel. Van. Bynkershoek, in qua ex* l. 1. *de his quae poen. caus. colligit ea tantum legata olim visa fuisse poenae nomine relicta, quibus testator heredem ad probrosum aliquid faciendum cogeret. Quod, si verum sit, actum egit Imperator in* l. un. C. *de his quae poen. nom. et in hoc* §. 36. *Vide tamen Hein. in not. ad Vinn. ad* § 36 h. t. n. 4.

(13) *Luculenter haec exposuit vir Clariss. Jos. Averanius interpret.* lib. 4. Cap. 5.

Sandium *l.* 4. *tit.* 4. *def.* 10. quos heic recensere nimis longum fuerit; sed est etiam inter eos, qui priquam late patet, si nempe *clausula codicillaris adjecta sit*, quae oom vix unquam omittatur, imo semper intelligatur, res hue redit, ut heres ab intestato; sicut hereditatem heredi scripto, ita legata legatario praestare debeat, quasi per fideicommissum. Quod si heres primus deficiat, a quo legatum est relictum, hodie sic est receptum, teneri substitutum itemque coheredem in casu accrescendi, nisi aliter o Testatore sit cautum *l.* 74. *de Legat.* 1. *l.* 61. *de Leg.* 2. (14)

(d) Actiones ad petendum legatum tres sunt proditae. I. est actio personalis e testamento, quae datur e quasi contractu aditionis, * adversus heredem, de quibuslibet rebus legari solitis. §. 5. *I. de oblig. quae quas. ex contr.* II. Actio in rem, u dominio: quod ipso jure transit in legatarium, (15) adversus quemlibet rei legatae possessorem, si corporalis sit et propria testatoris. *arg. l.* 6. *de R. V. et l.* 59. *de R. J.* III. est hypothecaria, ex hypotheca, quam lex dat legatario in bona testatoris, adversus quemlibet rerum hereditariarum possessorem. §. g. *sub fin. h. l.* 1. *C. Comm. de Legat. et fideic.*

Prior actio in heredes competit, si plures sint, pro partibus hereditariis, idque ut videtur indistincte, seu nominati fuerint heredes, a quibus legatum sit praestandum, sive non; quia hereditas eus obligat, eaque sententia ratione et aequitate vincit, *l.* 33. *in pr. de Leg.* 2. *l.* 17. *de duob. reis.* licet alii textus varie distinguant. Tu vide sis *l.* 54. . *ult. et l.* 124. *de Legat.* 1. Wissenb. *ad tit. ff. de Legat.* 1. *th.* 25. *et de Leg.* 2. *th.* 6.

32. Porro, semper adversus alium danda est actio legatario, qui a seipso capere, vel simul heres et legatarius *esse non potest.* Hinc *si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarius heres habebit undecim partes in fundo*, et qui est heru ex XI. unciis unam partem in fundo *legato habebit*, *l.* 34. . 12. *de Leg.* 1. ubi quidam libri pro *unciarius* male habent *unciarium heredem.*

(e) Tenetur etiam heres in fructus et in usuras, sed a quo tempore, non satis constat. Tempus morae indicant *l.* 78. §. 2. *et l.* 87. §. 1. *de legat.* 2. litis contestatae tempus exprimunt *l.* 1. et *ult. C. de usur. et fruct. legat.* tempus scientiae *l.* 40. *de A. R. D.* adquisiti dominii, quod est statim a morte, (16) *l.* 42. *de usur.* juncta *l.* 64. *in fin. de Furt.* Hinc ita videtur esse statuendum. Morae tempus est statutum et ordinarium. Mora autem est personalis aut realis. Illa committitur interpellatione vel litis contestatione. Haec solo tempore tardae solutionis. Lex igitur, quae a tempore litis contestatae agnoscit usuram currere, non repugnat ei, quae tradit moram facere cursum. Qui vero scivit, cum ipse adiisset, rem esse legatam, nec eam praestitit, non videtur reipsa non esse in mora, maxime si legatarius ignoraverit. (17) Ante moram vero aditionemque statimque a mortu fructus et usuras praestari, non habet rationem: nequu textus id uvincunt. Ajunt fructus post adquisitum ab herede dominium deberi, *d. l.* 42. *de Usur.* quod non de civili dominio, quod ipso jure transit, sed de naturali, quod incipit a possessione post aditionem, videtur accipiendum, *ex die aditae hereditatis* ait *l.* 86. §. 2. *de legat.* 1. Dix *lib.* 2. *Jurisp. Hod. c.* 30. *n.* 27. (18).

(d) *Pos.* 85. *et seqq.* (e) *Pos.* 89.

(14) *Vide ad has leges Barth. Chesii interpret.* lib. 2. Cap. 12.

* Processus in his actionibus, vel ordinarius, vel summarius esse potest. Apud Saxones tamen ex testamento indubitatae fidei, tamquam specie instrumenti guarentigiati, executive etiam experiri licet: *v. Lands-Ordn. A.* 1555. *t. versaate Brief. und. Siegel.* e g. Si testamentum apud Acta conditum sit, factumque aditae hereditatis liqueat ex impetrata ab herede investitura immobilium Carps. *P.* 3. *c.* 13 *d.* 25.

(15) *Non a morte testatoris, sed ab aditione hereditatis, uti notatum fuit.* ad n. 22. h. t. ex l. 80. de leg. 2.

(16) *Imo ab aditione hereditatis, ut n. praeced. dictum.*

(17) *An ergo ex solo tempore tardae solutionis heres constituitur in mora? At hoc generaliter dici nequit, Contrarium evincitur ex* l. 87. §. 1. de leg. 2. et l. 3. C. in *quib. caus. in integ. rest. necess. non est. Vide Noodt de foen. et usur.* lib. 3. Cap. 7. 8. et 9.

(18) *Sed nullum dominium a morte testatoris transit in legatarium, tantum ab aditione hereditatis, uti textus expresse dicunt in* l. 86. §. 2. de leg. 1. l. 50. de leg. 2.

TIT. XXI.

DE ADEMPTIONE LEGATORUM.

I. Ademptio Legati duplex, una verbis. II. Re altera. III. Exempla mutationis essentialis. IV. Unum ex heredibus, repudiando hereditatem, non amittere legatum.

(a) Testatorum voluntates sunt ambulatoriae usque ad supremum vitae exitum, habetur in *l* 4. *D. h. t.* qua de re alibi, in materia testamentaria, est dictum. Doctrina de ademptione legatorum hoc modo habet. Legata adimuntur verbis aut Re; utroque modo tacite vel expresse. Verbis expresse, quando testator ait; quod Titio legavi, hoc ipsi non do, non lego, aut adimo et capere veto. Verbis tacite, quando legata transferuntur ab uno in alium, §. 1. *h. t.* veluti quod Titio legavi, hoc Sempronio do, lego; quibus verbis in persona Titii tacita ademptio continetur, sive in eodem seu diverso ultimae voluntatis instrumento, *d.* §. 1. *h. l.* 5. *de adim. vel transf. leg.* cui minime obstat *l.* 15. *de hered. instit.*

2. (b) Re adimitur legatum expresse, quando testator legatum inducit, cancellat aut delet *l.* 1. *de his. quae in testam. del. indac.* Tacite variis modis, primo propter gravem inimicitiam inter testatorem et legatarium ooortam, quae reconciliatione consopita non est, *l.* 3. §. *ult.* cum *l. seq. cod. tit.* sine distinctione, utrum legatarius causam inimicitiae sua culpa dederit vel non; revocatio enim legati fundata est in praesumptione mutatae voluntatis, quae non minus intelligitur, quando testator suam iram inique persequitur, quam ubi legatarius immerentem ad iracundiam provocat. Dein, tacita revocatio fit per alienationem voluntariam, de qua dictum ad §. 12. *tit. praeced.* (c) itemque per ejusmodi mutationem; qua efficitur, ne res ad pristinam speciem reduci possit, quemadmodum per talem d minii quoque causam mutari, alias intellectum.

3. Hinc, ligno legato, si navis aut armarium inde fiat, legatum extinguitur, vicissim nave legata et dissoluta, *neque navis neque materia debetur. l.* 88. §. 1. *et* 2. *de leg.* 3. Contra, massa argenti legata, scyphis inde factis, manet legatum et schyphi recte petuntur; *ibid.* §. *ult.* et periode vice versa, si poculo legato, massa inde facta est, pocula debentur *l* 44. §. 2. *de leg.* 1. Idemque si rursus inde poculum a testatore sit factum. §. 3. *ibidem.*

S c h o l i u m.

Quia sc. potest reduci ad pristinam materiam, et massa poterit iterum ad priorem speciem seu poculum reduci, Imo si quis lancem legavit, et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum d. l. 44. . 3. *quia scilicet, ut puto, et ex poculo poterit iterum lanx fieri. Sed jam desidero geminam rationem decisionis, cur nave legata eaque dissoluta non debeatur etiam materia*, d. l. 88. §. 2. *et quaenam inter istum casum et hunc de massa argenti sit vera differentia*, conf. l. 98. ult. de solut.

R e s p o n s i o.

Videtur haec esse, Poculum in massam, massa in poculum mutari potest; Navis in ligna dissolvi, ligna ad navem reduci nequeunt. Ideoque est mutatio diversi generis, non reciproca.

N. A d d i t.

Consentio. Nam jam facile concipio, quod ex nave in ligna dissoluta non possit iterum navis fieri. Tum vero nescio, qua supinitate cogitaveram, textus de nave loquentes intelligi de dissolutione glutinis vel picis, quasi sit dissoluta navis non ligna sed integras tabulas et asseres, qualis tamen dissolutio non procedit.

His ex adverso; *lana legata, vestem, quae ex ea facta sit, deberi non placet*, ait convenienter huic distinctioni Paulus in *d. l.* 88. *pr.* Ulpianus tamen ex sententia Juliani, de lana legata et veste inde facta, scribit idem quod de poculis in massam transmutatis, *d. l.* 44. §. 2. addito temperamento, ni testator mutaverit voluntatem, auctoritas tamen Pauli solidior esse videtur, quia nititur recepta distinctione in articulo specificationis. Ulpianum tamen in *l.* 44. dissentire, negat Scholiastes noster his verbis.

S c h o l i u m.

Imo non, nam si Ulpianus hac in parte a Paulo dissentiret, simul a seipso. Vide l. 70. §. 5. 6. 7. de leg. 3. *Mens ergo Pauli est: Sub voce lanae legatae non continetur vestis lanea, sive ante testamentum, sive post idem sit confecta. At Ulpianus* d. l. 44. §. 2. *id saltem asserit*; Si lana *omnis* legetur

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. *et* 5. (c) *Pos.* 6. *et* 7.

et vestimentum *postea ex ee, hoc est, ex aliquot libris de illa lana* fiat, Julianus scripsit legatum *reliquae lanae propterea non censeri ademptum, sed* consistere *et adeo* deberi *legatario*, quod *de lana legata adhuc* extet. conf. Wissenb. ad Tit. de leg. 1. th. 5.

RESPONSIO.

In l. 70. §. 5. 6. 7. de Legat. 3. *Ulpianus nihil aliud tractat, quam quid Lana legata contineatur aut secus; argumentum conciliationis exinde quod colligitur, nullum est, multo minus ut Ulpianus sibi contradicere videatur. Reliqua judicet Lector.*

N. ADDIT.

Etsi Ulpianus in d. l. 70. *primario agat de eo, quod lana legata contineatur, tamen argumento legis etiam id infertur, quod asserueram, nam si lana legata, ne quidem debetur si quasi vestimentum ex ea factum sit*, d. l. 70. §. 6. *multo minus verum vestimentum. Interim tamen fateor, nunc illam periphrasin* d. l. 44. §. 2. *quam dedi in Scholio, mihi ipsi displicere ideo, quia Ulpianus ibi duos casus conjungit*: Si pocula quis legavit et massa facta est, vel contra; item si lana legetur, et vestimentum ex ea fiat etc. *Igitur uti per id quod* extat, *in primo casu intelligitur* poculum *ex massa factum, ita in secundo casu intelligitur* vestimentum ipsum *ex lana factum. Ideoque nunc arbitror. Ulpianum cum Paulo sensisse, et horum sententiam secundum tradita Autoris esse praeferendam sententiae Juliani, qui utique ab utroque dissensit, sed cujus sententiam ibi Ulpianus refert, non approbat.*

Quid si erea legata, eique domus imposita sit, numquid ereae legatum extinguetur? Negandum hoc, nisi testator mutaverit voluntatem, quod ubi non liquet, aestimatio saltem debetur, *l.* 98. §. *ult. vers. non est his. De Solut.* ubi, quod sequitur, *cui etiam superficies cedit*, pars rationis est, non definitio nova, ut putes Legatarium petere posse aedificium. Cum hoc committendum non puto Celsum in *l.* 79. §. *pen. de leg.* 3. *ubi area legata*, inquit, *si inaedificata medio tempore fuerit, ac rursus area sit, quanquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur.* Non dicit in thesi, quod peti non potuerit, cum esset inaedificata, sed quod nunc debeatur, etiamsi res ita comparata fuerit, ut stante aedificio, peti non potuisset ob causam specialem, quam conjicere, non asseverere licet nobis. (1)

SCHOLIUM.

Per d. l. 44. §. 4. de leg. 1. l. 39. de leg. 2. *Cui obstat* d. l. 79. §. pen. de leg. 3. *Ad quam quidem Autor voluit respondere* in praelect. *hic. Voluerunt et alii, a Wissenb.* d. l. *relati. Sed verius est, Celsum in* d. l. 79. *ab aliis JCtis dissensisse, argumenta* d. l. 98. §. ult. de solut. *Adde* Wissenbach. d. l. *cujus sententiam Autor quoque hic videtur amplecti.*

RESPONSIO.

Forte liceat hoc etiam modo respondere, quod jam praetulerim: Tunc, cum inaedificata esset, ipsa area peti non poterat, ejus aestimatio tantum, nunc (aedificio sublato) area ipsa cum effectu peti potest.

N. ADDIT.

Hic judicium lectori relinquo, praeprimis cum Autor ipse dubitanter loquatur. Id certum est, in his et similibus quaestionibus JCtos non fuisse unanimes, ut vel ex modo praecedentibus patet.

Quaestio apud Dd. frequens, an ut donatio, supervenientibus liberis, ita legatum revocetur, de qua varias distinctiones vide apud Tiraquell. ad *l. si unquam. C. de rev. don. n.* 258. *et seqq.* Peckium *l.* 1. *de testam. conjug. cap.* 15. *n.* 1. ea, inquam, supervacua videtur, et ex doctrina de rescissione testamentorum intelligi potest; si enim testamentum valeat, legatum quoque valebit: secus, si ruptum sit testamentum agnatione posthumi. Rescissione per querelam hodie non vitiari legatum, et hoc jam constat ex *Nov.* 115. *cap.* 3. *in fin.*

4. (d. Porro ad doctrinam de adimendis legatis, pertinent ea, quae de Legatis ut indignis auferendis habentur in *tit. de his quae ut indign.* quae heic loci non occupabimus. Inter ea non est, quod olim quaesitum fuit, si ex heredibus uni praelegatum sit relictum isque hereditatem repudiet, an et legatum pariter amittat. Ita nonnullis visum fuit, sed Papinianus *durissimam* hanc vocet *sententiam; non enim impugnatur*, ait, *judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari, l.* 87. *de leg.* 1. idque Gordienus Imperator

(d) *Pos.* 8.

(1) *An et qua mutatione extinguatur legatum*, *erudite et copiose exposuit Vir Clariss. Jos. Averanius interpret.* lib. 5. Cap. 25. et seqq.

laudat in *l.* 12. *C. de Legat.* addo *l.* 4. *ad Sc. Trebell.* supposita videlicet hac limitatione; *nisi Testator aliter statuerit*, *l.* 88. *d. tit. de legat.* 1. Sand. *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 7. *vers. At verius est.* Addit Scholiastes alium exceptionem recto et facile praesumendam.

S c h o l i u m.

Item nisi sub conditione heres institutus sit, et vel eamdem adimplere noluerit, l. f. §. f. de dol. mal. et met. except. *vel alius defecit conditio.* l. 77. pr. de cond. et demonst.

TIT. XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

I. Legis Falcidiae origo, sententia et ratio. II. Eaque ponenda in singulis heredibus. III. Quid si coheres coheredi gravato fuerit substitutus. IV. Quomodo et quo tempore bona sint aestimanda. V. Casus quibus legata debentur non habita ex testamento hereditate. VI. Casus ad quos lex Falcidia producta est. VII. Quae deducenda sint antequam de Falcidia inquiratur. VIII. Casus quibus cessat Falcidia.

(a) Verba XII. tabularum, *uti legassit suae rei, ita jus esto*, tametsi ad omnigenam supremae dispositionis libertatem spectarent, directe tamen et liquidissime effusam legandi licentiam tribuebant, adeo ut universum quisque patrimonium suum, si vellet, exhaurire posset. Quod cum merito absurdum judicaretur, leges Furia atque Voconia latae sunt, quarum Furia cavebat, ne supra mille asses cuiquam legare liceret, ut Autor est Ulpianus in fragm. *tit.* 1. §. 1. Theophilus ad *hoc princ.* μὴ ἐξεῖναί τινι ληγατεύειν περαιτέρω χιλίων νομισμάτων, *ne plus mille nummis cuiquam relinqui posset*; Gothofredus, quod summopere miror, τὸ νομισμάτων vertit *aureis*, falsissime; de sestertiis forte an accipi potuisset, nisi locus Ulpiani monstraret asses. Lege Voconia cautum erat, μηδὲν πλέον λαμβάνειν τὸν ληγατάριον τοῦ κληρονόμου, *ne quis legatariorum plus caperet, quam heredi obtingere posset*, ut idem Theophilus et Cicero *in Verrina tertia* testantur. Sed harum neutra legum sufficiens remedium pro satisfactione heredis suggerebant; quoniam salva earum sententia, fieri poterat ut nihil, aut parum cederet heredi: etenim per Furiam legem is, qui decem millia in bonis habebat, decem personis millena legare poterat totamque ita exinanire hereditatem. Voconia in eodem casu decimam modo partem apud heredem relinqui postulabat; quod pro nomine molestiaque heredis, qui cuncta curabat, perexiguum erat. Imo Theophilus exemplum profert, in quo nous tantum aureus pro herede remaneret. Nam si testator habens centum aureos in bonis, nonaginta novem legatariis singulos aureos reliquisset, heredi unus tantum supererat, neque de Voconia lege violata conqueri poterat. Tandem plenius huic incommodo consultum est lege Falcidia, seu plebiscito, rogante P. Falcidio tribuno plebis, tempore Triumvirali. Dion. *l.* 48. *Ne minus quam pars quarta hereditatis maneret penes heredem, qui detraheret quod plus dodrante legatum foret. l. 1. pr. h. t.* Errasse autem Dionem, dum adjicit, licuisse heredi per legem Falcidiam, quarta parte hereditatis retenta, reliquum omittere, si in eo gravatus esset, id scribit errans, ipse, ni fallor, Balduinus in προθεωρία, ad h. tit. *neque enim jus nostrum permitti*, ait, *heredi partem hereditatis omittere, sed totam agnoscere jubet.* Verba Dionis sunt ὥστε τινὰ τὸ τέταρτον τῆς καταλειφθείσης οἱ οὐσίας, ἄν δή πη βαρύνηται, λαβόντα τὸ λοιπὸν ἀφεῖναι, id est, *ita ut quartam partem hereditatis relictae accipiens, reliquum remittat*, aut *permittat.* Nam ἀφίημι maxime proprie significat *remitto* aut *permitto*; ut heres quartam habeat ipse, reliquum remittat, sive permittat aliis, quibus id reliquerat testator. Loquitur de effectu perceptionis, non de agnitione aut repudiatione. Nihil necesse est, ut aditionem totius hereditatis ab herede faciendam negare Dionem statuamus; quia nihil aliud liquet, quam quod reliquo supra quartam frui atque gaudere nequeat, sed hoc legatariis permittere debeat; quod est verum et planum. Ne autem sanctio Falcidia libertatem testandi, cujus favor eximius, coërcere videretur, προφυλακήν, *praemunimentum*, suggerit Imperator, dum in ipsorum testatorum gratiam provisum esse monet, ut plenarium heredibus relinqueretur, *ob id, quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo*

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

lucro hereditates adire. Sed hanc Justiniani ἀντιλογίαν ita recte acceperis, ut intelligamus, nihil esse causae, quare lex Falcidia in odium aut duritiam adversum moribundos trahenda sit, non etiam, ut praecipuum in illa testantium favorem verti interpretemur. Res enim satis loquitur, id agi ex professo, ut heredum lucro consulatur, unde tum ipsa quoque testatorum utilitas, ne voluntas eorum penitus intercidat destituto testamento, per consequentiam derivatur. Simpliciter in ipsorum gratiam id non fuisse constitutum, satis inde patet, quod renunciare Falcidiae seu prohibere eam non potuerint, ut *inferius* liquebit: heres autem beneficio hujus legis, ut quilibet suo favori, renunciare et abstinere semper potuit, imo laudatur hoc nomine in *l.* 5. §. 15. *de donat. inter vir. et ux.* quod adeo sancta ei voluntas defuncti sit visa, ut sui commodi rationem duxerit postponendam. Producta est porro lex Falcidia ad donationes *mortis causa*, etiamsi vivo testatore per traditionem impletae fuerint. *l.* 2. *C. de Donat. c. m. et l.* 5. *C. h. t.* Idem est in donationibus conjugum, quae non nisi morte donatorum confirmantur. *l.* 12. *C. h. t.* Denique et ad successiones, quae fiunt ab intestato, produxit hanc legem Divus Pius in *l.* 18. *princ. D. h. t.* (1)

2. (b) Sed ne eluderetur scopus Legis; ut in Furia et Voconia evenire poterat, provisum est, ratio uti Falcidiae non respectu omnium heredum simul, sed in partibus singulorum spectaretur. Adeo ut si quis semissem bonorum suorum legatis intactum uni reliquerit, ex altero tamen semisse alium vel certos fecerit heredes, quos nominatim tot tantisque oneravit legatis, uti nec quartam habeant salvam, tum ab hoc semisse detractio secundum legem fieri debeat. §. 1. *h. t.* Et quidem hoc satis expeditum est, si uterque semis ad eos, quibus sunt adsignati, pervenerit; verum si per defectum unius tota hereditas in unum concurrat, atque ita heres idem totum semissem habeat liberum: plus erat scrupuli, si hic quartam detrahere posset, quia duplex quarta supererat; Sed distinctio recepta est, utrum pars deficiens et accrescens fuerit illa exhausta, an libera; Si exausta, tum quarta perinde potest capi ac ab ipso, qui deficit potuisset, ne coheres accrescendo nihil quam onus distribuendi legata nactus videretur: quod si pars libera affluxerit gravatae, quia tunc semis inexpectato supererat ei, qui de quarta modo laborabat, inverecunde quartam insuper flagitare videretur. *d.* §. 1. *et l.* 78. *eod. tit.* Potest ratio sic etiam reddi; Detractio semel competens praecidi nequit, nisi ob lucrum accedens, quod adjumento sit legatariis, cujusmodi nihil per defectum heredis gravati scimus contingere.

3. Si autem coheres etiam fuerit substitutus, quia legata hodie ab ipso repetita censentur, ideo non patest ex persona ejus, qui gravatus erat deducere quartam, quoniam et ipse iisdem gravatus intelligitur; neque ex sua persona, quia semissam habet liberum: Quod si gravatus testatori superstes eoque heres sit factus, atque postea pars ejus ad coheredem jure substitutionis pupillaris pervenerit, quia tunc non suo, sed primi heredis nomine de legatis tenetur; plus etiam quam ab illo praestitum fuisset, solvere non cogitur, quae est sententia *l.* 87. §. 4. *h. t.* (2) Alioqui, ut dictum, legata ab instituto primis secundisque tabulis relicta confunduntur et contribuuntur, ita ut si pariter sumpta dodrantem bonorum testatoris excedant, Falcidiae subjecta sint. *l.* 11. §. 5. *et l.* 79. *h. t.*

4. (c) Priusquam igitur Lex Falcidia exerceatur, constare debet, utrum plus an minus dodrante sit exhaustum. Quam ad rem opus esse bonorum aestimatione res ipsa loquitur, in qua spectari debet praesens, verum et commune pretium, cui *formale* JCtus opponit in *l.* 62. §. 1. *ad L. Falcid.* qua oppositione, sensus vocabuli satis est manifestus, non aeque ratio appellandi, quae vel a forma censuali, vel a forma speciali et affectione adversus eam desumpta videtur. Quia autem dies legatorum cedit a morte testatoris, atque in hereditate esse censetur quidquid eo tempore existit, JCti aestimationem illam tempore mortis ineundam censuerunt, non habita ratione augmenti vel decrementi quod postmodum accidisset. Ideo si, moriente testatore, bonorum aestimatio ejusmodi fuerit, uti quarta inde pro herede,

(b) *Pos.* 3. 4. (c) *Pos.* 5. 6. 7. 8.

(1) *Adde Hein. in not. ad Vinn. pr.* h. t. n. 8.

(2) *Eadem tamen distinctione utendum puto, nec quidquam interesse utrum pars deficiens jure substitutionis an jure accrescendi ad coheredem perveniat. Nec contrarium docet* l. 87. §. 4. h. t. *supponit enim Julianus in ea* l. *legata fuisse repetita. Hoc vel exinde constare potest, quod ex sententia Juliani, qui vixit ante D. Severum, pars deficiens sine onore ad coheredem substitutum perveniret* l. 61. §. 1. de leg. 2. *adeoque eum in* l. 87. §. 4. h. t. *supponat eam cum onere pervenire, manifeste supponit legata fuisse repetita. Verum quidem est hodie ex rescripto D. Severi* repetita censeri legata, *uti loquitur Ulpianus in* l. 74. de leg. 1. *scilicet quatenus deficiens ea solvere debuisset, non ultra, adeoque nihil impedit quominus et post illud rescriptum substitutus ex persona coheredis deficientis Falcidiam inducat. Videsis Barth. Chesii interpret.* lib. 2. Cap. 12. et 13.

praestitis legatis, superesse nequiverit, tametsi jaceote bereditate adeo sint aucta, ut aditieeis tempore quarta satis superque penes heredem remanere posset, nihilominus tantam legatarii deductionem pati coguntur, quantam tempore mortis subire debuissent. E contra, si morieute testatore quarta fuerit salva, heres integra legata solvet, etiamsi cum adit bereditatem traeaversariis casibus ita sit imminuta hereditas, ut quarta nullo modo salva reperiatur, atque baec in §. 2. *h. t.* doceotur et in *l.* 15. §. 3. *in f. l.* 30. *in pr. et l.* 56. *pr. eod.* Videlicet augmenta et deerementa reliquarum rerum hereditariarum, praeter et extra res legatas intelliguntur; Nam si corpora ipsa legata imminuta vel deteriora sunt facta, hoc scilieet detrimentum pertinet ad legatarium, quatenus *tit. praeced. ex* §. 16. didieimus et specialius ex *d. l.* 30. §. 2. *et seqq.* utique tamen, si quantitas relicta fuerit, nullo interitu fatali illius legatum extingui posse, decet idem textus et ratio manifesta.

Porro *Nec ea res damnosa est heredi*, subjicit Imperator, *quia liberum est ei non adire.* Proinde si adierit, causam querendi nullam habet: *μὴ ἀγανακτείτω*, *non est quod indignetur*, ait Theophilus. At Imperator simul iosinuat consilium, quo si utatur heres, potest compellere legatarios, ut se partem de legatis decerpere patiantur; si prae se ferat, malle se repudiare, quam nullo commodo adire hereditatem; atqui destituto testamento, legatarii nihil consequuntur, §. 2. *in fin. h. t. l.* 181. *de R. I. l.* 9. *de Testam. Tut.* Quae res facit, ut heredem legatarii adfectare et observare debeant, ut retenta portioue justa, aditioue perfungi velit, quo ipsi legatis suis potiantur. Atque ita ὅπερ φαλκίδιος οὐκ ἐδίδου. τοῦτο ἡ μέθοδος περιῆχε τοῦ κληρονόμου, *quod Falcidius non dedit*, *hoc heres per circuitum adipiscitur*, addit idem Theophilus.

5. Sunt tamen aliqui casus, quibus, etsi hereditas ex testamento uon adeatur, legata nihilominus debentur: I. Si heres scriptus, qui simul est sanguine proximus, causam testamenti repudiet, ut ex lege adeat, ao ita legatarios eludat, *l.* 1. *et tot. tit. si quis omis. causa testam.* idemque juris erit, si extraneus scriptus io gratiam legitimorum paenoia corruptus repudiet. *arg. l.* 2. §. *ult. de suis et legit. hered.* II. Si Testator legatum a legitimis heredibus repetierit, ut *in l.* 88. §. 9. *de Legat.* 2. III. Quando hereditas verbis induecta ita relicta est, ut a Legitimis heredibus esset petenda. *l.* 14. *C. de fideicomm.* IV. Casus late patet, ut hodie res sunt; quando clausula codicillaris testamento adjecta est, cujus vi heredes legitimi intelliguntur rogati, ut testamento relicta praesteot ac impleant, qua de re videhimus *infra.* Gail. 2. *obs.* 134. *n.* 3. Sand. *lib.* 4. *tit.* 4. *defin.* 10. His addit quintum easum è Jure Frisico Herbajus *de Reb. quotid. cap. ult.* quando heres scriptus petit beneficium Ioventarii: ex cognitione autem aliquis adire vult pure. Hic enim ad omnia onera, ipsisque legatariis teoetur, *arg. Nov.* 1. *c. et* 4. ubi, si heres legata non praestet, legatariis quasi aditio quaedam conceditur, scilicet, si heres scriptus jam adierit hereditatem, ne quis putet ea lege totum juris antiqui articulum, de legatis hereditate repudiata intercidentibus, esse abrogatum. Ritterhus. *ad Nov. part.* 6. *c.* 6.

6. Caeterum, producta est lex Falcidia ad dationes *mortis causa l.* 5. *C. h. t.* et ad eas inter vivos, quae non valent, nisi morte firmatae, ut inter conjuges, *l.* 12. *C. eod.* etiam ad fideicommissa, quae ab intestato relinquuntur, *l.* 18. *pr. D. eod.* non tamen ad mortis causa capiones *l.* 93. *eod.* nec ad ea, quibus legatarii gravantur, *l.* 47. §. 1. *eod.* solis heredibus et heredum heredibus hoc jus datur. *l.* 10. *C. d. tit.*

7. Scilicet heres antequam legata praestet aut de Falcidia inquirat, exsolvere debet aes alienum et libertatem praestare servis manumissis, eorumque pretia, si in aestimanda quantitate bonorum ratio illorum habita sit, deducere, praecipue vero et ante omnes alios creditores tam hypothecarios quam personales, solvere quicquid in funus defuncti honeste impensum est, §. *ult h. l. pen. de relig.* itidem quicquid hereditatis adeundae causa est erogatum. *l. ult.* §. 9. *C. de jure delib.* Tum conferenda quantitas bonorum quae supersunt cum legatis; quae si tot et tam grandia sint, ut heredi quarta libera non supersit, tantum ex singulis deduci debet, quantum scilicet a quarta deficit, octava, si octava supersit, aut plus minusve ut latius in *d.* §. *ult.*

8. (d) Usus legis Falcidiae restringitur variis casibus, quibus cessat, iique respectu aut testatoris aut heredis aut rei legatae considerantur. Intuitu testatoris I. Si ille sit miles, casu quo privilegio testandi gaudet. *l.* 7. *C. h. t. l.* 12. *C. de test. mil. l.* 17. *et l.* 92. *ff. h. t.* II. Si testator vivus heredi aequivalentem quartae summam repraesentaverit, hoc est, in antecessum praestiterit. *l.* 56. §. *ult. h. t.* Denique III. Si prohibuerit Quartam; tunc enim qui institutus est, hereditatem aut repudiare aut solida legata praestare debet. *Nov.* 1. *c.*

(d) *Pos.* 10. *et seqq.*

2. §. 2. *in fine*. Quod jure veteri licuisse, non apparet, et revera tale hoc est, ut institutum prudens Falcidiae rogationis evertat; in liberis tamen non posse prohiberi, tenent Dd. communiter. Wissenb. *ad h. t. ff. th.* 22. Respectu heredis. I Si quibusdam solida legata, sciens dodrantem non esse salvum, dederit, *d. N*, 1. *c.* 3. *l.* 1. *C. h. t.* tunc enim respectu reliquorum legatariorum, cessat Falcidia. II. Si id egerit, ut fideicommissum intercideret *l.* 59. *in pr.* Respectu rerum legatarum, cessat Lex Falcidia I. In rebus *ad pias causas* legatis, *N.* 131. *c.* 12. nam quod alii crebro monent, non quemvis, sed heredem tergiversatorem morasque nectentem Falcidia mulctari, quod male Irnerius in *Auth. similiter C. ad L. Falc.* omiserit, hoc rationem habere non video. Ait enim Imp. cessare Falcidiam, si heres ea, quae *ad pias causas relicta sunt* non impleverit, *λέγων, τὴν καταλειφθεῖσαν αὐτῷ περιουσίαν μὴ ἀρκεῖν εἰς ταῦτα. dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista.* Quid est aliud, quod quilibet heres integra legata praestare nolens obtentu Falcidiae detrahendae proferre possit? Si hoc allegans solida solvere cogitur legata, quid ni Falcidiae diminutionem frustra dicamus opponi? Dissentire videtur Sand. *l.* 4. *tit.* 7. *def.* 10. et Wissenb. *ad ff, h. t. th.* 16. *et* 21. Cessat quoque II. Falcidia in rebus alienari prohibitis. *N.* 119. *c.* 11. III. In rebus hereditati subtractis, *l.* 24. *in pr. h.* quarum quarta Fisco vindicatur. *l.* 6. *de his, quae ut indign.* Denique est adhuc a parte heredis ille casus III. Si heres inventarium facere neglexerit. *N.* 1. *c.* 2. §. 2. Unde liquet, cum hodie inventarium rarius conficiatur, quia memoriae defuncti ignominiosum habetur, non esse frequentem Legis Falcidiae usum moribus nostris: Nihil tamen obstat, quominus, ubi hereditas a testatore legatis exhausta est, heres sine scrupulo faciat inventarium, cogitans, si quid inde honos defuncti contrahat dedecoris, ipsius imprudentiae id esse imputandum.

TIT. XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS, ET AD S. C. TREBELLIANUM.

I. Quid et quotuplex fideicommissum, ac unde ejus origo. II. Eum qui hereditatem restituit, nihilominus manere heredem. III. De SCtis Trebell. et Pegasiano. IV. Quando restitueretur hereditas ex SCto Trebell. et quando ex Pegasiano. V. Confusio utriusque SCti in unum. VI. Ejus primum caput. VII. Liberi an duplicem detrahant quartam. VIII. Alterum caput SCti. IX. Tertium caput de herede cogendo ad restituendum. X. Quomodo fiat restitutio hereditatis. XI. Qualiter cogi possit restituere hereditatem. XII. An et quatenus heres fiduciarius alienare possit. XIII. De fideicommisso conditionali. XIV. Heredem legitimum, item eum, cui restituta est hereditas, fideicommisso posse gravari, et an huic detractio quartae sit concedenda. XV. De fideicommisso familiae, et prohibita alienatione extra eam, quo usque producatur. XVI. De fideicommisso heredi coram injuncto.

(a) Dictum de Elogiis Testatorum, quae directe et per modum imperandi fiunt. Sunt etiam liberalitates, quae in ultimis voluntatibus non nisi precario et indirecte collocantur, FIDEICOMMISSA quae dicuntur. Eaque sunt universalia vel particularia. Universalia sunt hereditates, quae certorum hominum fidei, aliis personis restituendae committuntur. Particularia nihil sunt aliud, quam legata indirecta. Origo fideicommissorum memoratur in §. 1. *h. t.* Erant olim Romae plures personae incapaces, quibus aut nihil aut non tantum relinqui poterat quantum aliis, ut erant non modo igni et aqua interdicti; proscripti, transfugae, peregrini, sed etiam feminae, orbi, caelibes, ut apud Ulpianum *tit.* 22. §. 1. *et tit.* 15. *cum seq.* nec non apud Ciceronem 1. *in Verr. et* 2. *Finib.* declaratur exemplis. Quibus tamen hujusmodi personae ad animum pertinebant, cum aperte nihil illis per leges relinquere possent, hi instituere solebant heredes amicos, in quorum conscientia fiduciam habebant; quos tum secretis precibus rogitabant, ut personis incapacibus partem vel omnia restituerent. Hi, mortuis rogatoribus, in arbitrio habebant, utrum implere voluntatem defunctorum vellent, an retinere sibi hereditatem: Neque enim personae fideicommissae actionem in foro movere poterant; Nec raro eveniebat, ut scripti heredes bona supprimerent. Id veteribus semper detestabile visum. Tanto magis, quin

(a) *Pos.* 1. 2. 3.

plerique talium heredum fidem sancte obstrinxerant. Nemo tamen Reipublicae temporibus jus publicum mutare poterat; fluctuavitque mos fideicommissorum inter exempla probitatis et perfidiae, donec Imperator Augustus mutationem invexit, et Consulibus auctor fuit, ut nominatos heredes cogerent fidei suae commissis restituere hereditates. §. 1. *h. t.* Quod cum populo omnibusque bonis placeret, tantus paulatim fideicommissorum favor est factus, ut tandem Praetor in id unice crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant; imo Claudius duos constituit, qui teste Tranquillo *cap.* 23. contra morem suum non darent judices pedaneos, sed ipsi cognoscerent et sententias ferrent, *l.* 178. §. 2. *de V. S.* Ulpian. *tit.* 25. §. 12. Postea vero alius fideicommissorum usus invaluit, ut instar substitutionis fungeretur; eo quod testatores rogabant suos heredes, ut hereditatem post aliquod tempus vel conditione existente out frequentissime post mortem suam, seu pure, sive, si sine liberis discederent, aliis restituerent, idque per plures gradus sine fine modoque. Imo hic usus postremo solus remansit, quatenus hodie satis constat, non licere per fideicommissa quidquam relinquere personis, quas leges inhabiles et intestabiles esse volunt, sive aperte in testamento scribatur fideicommissum, seu tacita rogatione fides heredis scripti devinciatur; nam quod palam rogatur, id pro non scripto habetur, quod clam, id in fiscum redigitur, *l.* 3. *de his quae pro non script.* *l.* 1. *et l.* 2. §. 2. *de jure Fisc.* quod tot Pandectarum locis habetur scriptum, et est tam notae doctrinae, ut quando juris id ordinarii fuerit, ut personis incapacibus relicta praestari necesse, legesque licitum fuerit eludere, non admodum imaginari possim.

2. (b) Relinquuntur fideicommissa in testamento vel ab intestato. In testamento, quae sunt universalia, nituntur hoc fundamento, ut primum aliquis recte jure instituatur heres, qui scilicet rogetur, bona restituere tertio. Non valet igitur testamentum, ubi scriptum est ita dumtaxat, *Rogo te Luci, ut hereditatem, cum primum poteris, Cajo Sejo restituas*; sed praemitti debet, *Lucius Titius heres esto*, tum rogatio subjungi. §. 2. *h. t.* Lucius heres primus, in quo testator collocat fiduciam, quod amici fidelis officium sit impleturus, vocatur heres *fiduciarius*; alter, cui debet restitui, is est *fideicommissarius*. Hic autem jus suum a fiduciario consequi debet: Proinde si hic moriatur ante Testatorem fideicommissarius nibil habet quod petat, sed Paterfamilias decedit intestatus, quia bona non possunt transire, devolvi et pervenire de primo in secundum, nisi mediante restitutione; restitui autem non possunt nisi ab eo, qui prius illa consecutus est. *arg.* §. 2. *et* 3. Sand. 4. 5. t. *vers. nam ex recepta etc.* Quoniam autem ratio est immota juris, quod is, qui semel est heres, nunquam desinere possit heres esse, *l.* 88. *de her. inst.* ea res nec aliter se habere potuit in fideicommissis. Sed qui institutus erat, is in perpetuum manebat heres, etsi bona atque hereditatem restituisset. *Is vero, qui recipiebat hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur*, ait Justinianus in §. 3. *h. t.* Quod est intelligendum, postquam SCta Trebellianum atque Pegasianum constituta sunt; namque sub Augusto, Tiberio, Claudioque Imperatoribus, ille, qui rogabatur, non poterat non esse heres semper et indistincte, adeoque ille bonis quoque translatis, in fideicommissarium actiones hereditarias instituere atque pati, convenire et conveniri debebat: quia non, sicut res corporales, ita jura quoque et actiones translationem de persona in personam, et quasi de loco in locum recipiebant: hoc opus legis esse, ratio dietat, et videbimus *infra tit. de Mandat.* Igitur ex sententia SCti Trebelliani, fideicommissarius heredis locum et jus tenebat, fiduciarius nomen dumtaxat. Rursus ex consequentia Pegasiani, fideicommissarius quasi pro legatario habebatur.

3. (c) Scilicet, Trebelliano, quod factum est temporibus Neronis, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca Consulibus, cautum est, ut actiones hereditariae tam activae quam passivae, una cum bonis substantia hereditatis in fideicommissarium transirent; cum satis incommodum esset, ut is, qui bona non habebat, onera tamen sustineret: Actiones interim, quas fideicommissarius exercebat, non directae sed utiles ex SCto erant, ut hactenus saltem juris subtilitati satis fieret, quia contingere non poterat, ut is, qui institutus non erat, heres proprie fieret. in §. 4. *h. t.* Atque ita quidem fiduciarius heres solo restitutionis officio defungi poterat neque molestiis litibusque hereditariis implicabatur; nihil tamen lucri percipiebat. Qua re paulatim compertum est, aliud nasci incommodum; nempe, ut heredes rogati, videntes nihil sibi aliud in testamento relictum quam ministerium adeundi reddendique hereditatem, animos ita inducerent, ut plane huic rei se miscere gravarentur, unde repudiatio et destitutio testamenti sequebatur. Cui medende incommodo factum; imperante Vespasiano, Senatus. C. Pegaso et Pusione Coss. quod a Relatore dictum est Pegasianum, quo cautum, ut heres rogatus aliis restituere plus quam dodrantem

(b) *Pos.* 5. 6. 7. 8. (c) *Pos.* 9. 10. 11. 12.

hereditatis, perinde quartam partem retineret, atque ex Lege Falcidia de Legatis retinere conceditur. §. 5. *h. t.* Unde liquet, exemplo Falcidiae hanc Pegasianam esse repertam: quin verisimile est, usu fori Romani Quartam Falcidiae ad Fideicommissa fuisse productam, etiam antequam Pegasus retulisset; quia postmodum haec Quarta fideicommissaria non Pegasiana, sed Falcidia nominari perseveravit, ut *l.* 11. *de leg.* 1. *l.* 30. §. 7. *ad L. Falcid.* §. 3. *Inst. Quib. mod. testam. infir.* Ex eodem SCto Pegasiano de fideicommissis singularibus Quarta detrahebatur, ut Justinianus *in d.* §. 5. de Pegasiano agens, *Ex singulis quoque rebus*, inquit, *quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est* (1).

4. Quia autem ex Pegasiano fiduciarius (de hereditate loquimur) non titulum tantum sed et vitulum, ut loquimur, bonaque ipsa habebat, translatio actionum ex sententia Trebelliani cessabat, eratque cum effectu heres; fideicommissarius autem etsi maximam bonorum partem consequebatur, tamen quia heredis qualitas non in rebus sed in jure consistit, pro herede haberi non poterat, quia duo heredes cum effectu nullo modo esse poterant. (d) Obtinebat igitur inter illos, quod semper juris erat, quando unus heres institutus alius magna ex parte legatarius erat: Hic enim partiarius dicebatur, et species legati partitio; teste Ulpiano *tit.* 24. §. 23. *et tit.* 25. §. 13. Usus igitur horum SCtorum nunquam pariter obtinebat. Sed alterutro fiduciarius debebat esse contentus. Igitur sic observabant, ut si quarta pro fiduciario ex providentia defuncti salva foret, hereditatem ille secundum Trebellianum adiret, ut in utrumque actiones hereditariae pro rata quartae atque dodrantis darentur, in heredem jure antiquo, in fideicommissarium ex SCto. Si quarta non esset salva, fiduciarius uti solebat beneficio Pegasiani, quartaque retenta, dodrante restituto, jus heredis exercebat; ne autem solus ferret onus aeris alieni, cui respectu creditorum erat obnoxius, stipulationes eaedem inter ipsos interponebantur, quae solitae sunt inter emptorem venditoremque hereditatis intercedere; Fiduciarius stipulabatur, quantam pecuniam hereditatis nomine solvisset, tantam sibi a fideicommissario pro rata dodrantis reddi; hic contra, quanta pecunia ad fiduciarium ex nominibus hereditariis aut aliunde pervenisset, tantum sibi pro simili rata dari apud Ulpian. *tit.* 25. §. 15. Paul. 4. *sent.* 3. Theophilus *hic*, et §. 6. *h. t. l.* 37. *de Pecul. et l.* 50. §. 1. *de V. O.*

5. (e) Sed ut fit in communione et partitione onerum atque commodorum, frequenter super his praestationibus hinc inde controversiae oriebantur, adeo ut homo excelsi ingenii Papinianus stipulationes illas diceret esse captiosas, teste Justiniano in §. 7. *h. t.* qui tandem juxta sectam temporis sui, *τὰς τοῦ Πηγασιανίου περιόδους μισήσας καὶ ἐκβαλὼν*, *ambages Pegasiani odio habens et expellens*, ut loquitur in *Nov.* 1. *cap.* 1. §. 1. doctrinam hanc duplici SCti ad majorem simplicitatem et consonantiam deduxit, faciendo ex duobus Sctis unum. Quod effecturus, Trebellianum ut principale consideravit; Pegasianum abolevit, ejusque vim omnem in Trebellianum transfudit; etsi enim in Pegasiano major utilitas, in altero tamen vis erat major, si quidem pluris est universi juris translatio, quam commodi alicujus pecuniarii adtributio: Ideo quod principale fuit, hoc alterum ad se trahere debebat. Sententia autem Scti, ita, ut nunc est, aucti, tribus fere constat articulis; primo, ut is, qui plus quam dodrantem hereditatis rogatus est restituere, tantum e bonis detrahere possit, quantum explendae quartae requiratur, idque tam per repetitionem, tradita hereditate, quam per retentionem. Alterum est, ut actiones hereditariae tam activae quam passivae, inter fiduciarium et fideicommissarium, pro rata quartae atque dodrantis dividantur. Tertio, ut fiduciarius recusans hereditatem adire, ad hoc et ad restitutionem compellatur. Haec sunt capita, quae memorantur in §. 7. *h. t.*

6. (f) Quod attinet ad primum, detractio fit simpliciter in fideicommissis primitivis, quae statim restituuntur, qualia nunc raro frequentantur; quis enim testatores hodie audit ita loquentes, *Titius heres esto, rogo te Titi, ut hereditatem mox Cajo restituas?* Sed in fideicommissis, quae restitutionem in tempus longum et plerumque sub mortem differunt, fructus interim ex hereditate percepti cum quarta compensantur, *l.* 18. §. 1. *ad Sc. Trebell.* nisi cum pater aut mater filium filiamve restitutione praegravarunt, quibus detractio Quartae non ex reditibus, sed ipsa bonorum substantia debetur, *l.* 6. *pr. et* §. *ult. C. ad Sc. Trebell.* quos autem supra quartam fructus perceperunt, ad hos fiduciarii restituendos nulli tenentur. *d. l.* 18. *in pr. nisi mora facta est, aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere*, ut scriptum est *ibidem*. Rogatio vel expresse fit vel tacite. Expresse quomodo fiat, per se patet; Tacite variis modis, veluti, quando hereditatem cum incremento restituere jussus

(d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 13. (f) *Pos.* 21. 22. *et* 23.

(1) *Confer. Hein. in not. ad Vinn. ad pr.* tit. de leg. *Falc.* n. 8.

est *l.* 63. §. 4. *h. t.* vel si dixerit testator, *quantacumque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum pervenit, eam pecuniam omnem restitui volo.* l. 32. h. t.

SCHOLIUM.

Imo in hoc casu fructus non restituuntur, per expressos textus Modestini in l. 83. de Leg. 3. *et Papiniani in* l. 57. pr. ad Sc. Trebell. *Quibus tamen non obstat responsum Celsi ab Autore hic citatum in* l. 32. eod. *quippe in quo ratio decidendi latet in voce* De bonis meis, *et in voce* PECUNIAM; *adde* Wisseobsebium d. th.

RESPONSIO.

Tu igitur distingue formulas tacite rogationis. Haec verba; Quidquid ad eos ex hereditate bonisque meis pervenerit, *non afficiunt fructus*, l. 57. ad Sc. Trebell. l. 83. de legat. 3. *secus haec*; quantaecumque pecunia ex hereditate de bonis meis. d. l. 32.

Denique Papinianus docet in *l.* 3. §. 2. *de usur. et fruct.* eum, *qui rogatus est post mortem suam quidquid ex bonis supererit, Titio restituere*, videri etiam, ut fructus restituat, esse rogatum, cum qua confer *l.* 58. §. *pen. D. h. t.* ubi haec verba, *Quod ex hereditate superfuisset*, fructus non comprehendunt. Bona fructus dicunt, hereditas fructus non significat.

7. (g) Quartam igitur veteres sufficere existimarunt, quasi pro redhostimento hereditatis restitutae, tunc deducendam, quando non erat salva. Nam ubi illa heredi, titulo institutionis aliove suppetebat, amplius de Quarta οὐδεὶς λόγος erat et termini habiles deficiebant, quia dodrantem fideicommissario restituere debebat; quem non erat praestiturus, si jam habens quartam, adhuc pro quarta deducere posset; idque nec aliter in liberis a parentibus gravatis servari, indicat *l.* 6. *in fin. pr. C. h. t. et l.* 11. *C. ad L. Falc.* Alienam igitur oportet esse a jure civili sententiam, consensu Doctorum et valida praxi ubique receptam; quod a Parente rogatus hereditatem restituere post mortem suam, jus habeat capiendi legitimam, qua filius est, et Quartam Trebellii, quatenus est gravatus. Moveri solet a dissentientibus, quod et alias geminae deductiones in jure memorentur, velut in *l.* 67. *ad L. Falcid.* quod ego in istae specie non puto: Heres deducit ibi, scilicet quartam Falcidiam, et si tum adhuc plus sit relictum quam per Juliam et Papiam licet, hoc quoque deducit. Sed non est deductio, legati per leges imminutio, quia non plus ipso jure legatum intelligi potest, quam per leges sit licitum. Nec nisi unicam detractionem in *l.* 3. §. 2. *h. t.* intelligimus, ubi heres et a legatis et a fideicommissis quartae jus habet deducendae, adeoque Falcidian et Trebellianicae; Responsio enim facilis, heredem ab universa hereditate, quam et fideicommisso et legatis exhausit testator, quartam deducturum quatenus est gravatus; quam simplicem esse et uniformem deductionem, res ipsa loquitur. Verum est, legitimam et Quartam fideicommissi descendere ex alio atque alio jure, legitimam ex jure Naturae, Trebellianicam ex Scto, unde alteram alteri non obesse consequeretur, nec prohiberi filium diversa adeo et discrepantia jura pariter exercere. Idque non sine specie diceretur, nisi hae duae detractiones se invicem everterent, unaque alteri terminos habiles adimeret, quod facit legitima Trebellianicae, siquidem haec non aliter competit, quam ubi quarta non est salva, sed qui habet legitimam, is, hodie praesertim, multo quidem plus habet. Plura, quae proferuntur, ut quod legitima sit aes alienum, similiaque, refutatione vix indigent. (2) Constat interim, praxin hac parte jus Romanum subegisse, adeo ut ne Parentes quidem, legitima liberis relicta, Trebellianicae detractionem prohibere possint, quod extra respectum legitimae, jure Civili tam novo quam veteri, sine dubio licet *arg. N.* 1. *c.* 2. §. 2. Sande 4. 7. 3.

8. (h) Alterum caput Sctí est, quod actiones atque onera hereditatis, scinduntur inter heredem et fideicommissarium pro rata, ut heres solvat aes alienum pro quarta, nisi rem, vel summam certam loco quartae a testatore jussus sit retinere; quo casu rem illam instar legati habet liberam, etsi quartam longe excedat, imo licet maximam bonorum partem exhauriat, quia secum constituere debet fideicommissarius, utrum sibi suscipere hereditatem ea conditione, an repudiare expediat, ut latius in §. 9. *h. t.* aut saltem conficere potest inventarium, ne ultra vires hereditarias teneatur, §. 6. *I. de Hered. qual.* tunc enim creditores ad fiduciarium se conferent; quem nihil ex hereditate, nisi dimissis creditoribus, lucrari posse certum est. Forte autem nequidem citra inventarium, fideicommissarius ultra quam ad ipsum pervenit, legatariis tenebitur, herede fiduciario caeterum obligato, per ea, quae tradit Ulpianus in *l.* 1. §. 7. *ad Sc. Trebell.* At de legatis quid juris erit, an horum quoque praestatio scinditur inter fiduciarium atque fideicommissarium? Si nihil praeter

(g) *Pos.* 24. (h) *Pos.* 18. 19. 20.

(2) *Argumenta non spernenda pro contraria sententia suppeditat Hein. in not. ad Vinn.* §. 7. h. t. p 5.

quartam penes heredem remaneat, ea quidem per legata minui non debet; quia sic constitutum est, ut per testatorem quarta pars bonorum salva sit heredi, neque plus dodrante seu legatis seu fideicommissis exhauriatur. Atque ita Julianus scribit apud Ulpianum in *l.* 1. §. *ult. h. t.* si is, qui quadraginta in bonis habeat, trecenta legasset et hereditatem Sempronio restitui rogasset; centum, quae faciunt quartam, deductis ab herede, legatorum actionem totam in fideicommissarium dari. Atqui Philippus in *l.* 2. *C. h. t.* rescripsit, ad eum, cui ex Trebelliano Scto pars hereditatis restituitur, legatorum praestationem *pro competenti portione* spectare; idque juris esse indubitati. Est ita, si non totum, quod potest testator, sed partem dumtaxat, adeoque minus dodrante restitui jubeat; tunc enim pro rata partium, quae apud utrumque resident, legata scinduntur, ut tamen nunquam minus Quarta apud fiduciarium relinquatur, quod et Julianus auctor est in *d. l.* 1. §. *penult. h. t.*

9. (i) Tertium caput Scti, quasi sanctionis vicem obtinens, est, quod heres fiduciarius hereditatem adire, atque ei, qui rogatus est, si sponte nolit, restituere cogitur. *d.* §. 7. Fieri enim potest, ut vel timens negotia aut vexationem vel aeris alieni cumulum, miscere semet rebus alienis gravetur, quo casu etsi difficulter aliquis ad ejusmodi factum possit compelli, Praetor tamen suas partes interponit, heredemque etiam, si necesse, captis pignoribus adigit, ut officio adeundi restituendique, sine onere tamen suo et quasi dicis gratia, fungatur; nempe ut fideicommissarius curet aes alienum omniaque negotia hereditaria, ipse praeter nudum juris ministerium nihil omnium attingat, nihil etiam lucri, adeoque nec Quartam percipiat, quemadmodum Ulpianus πραγματικῶς docet in *l.* 4. *h. t.* cui addit Marcianus, eum etiam, qui magna praeditus est dignitate vel auctoritate, vilissimi cujusque, etiam arenarii vel meretricis hereditatem, adire atque restituere cogi, *l.* 5. *h. t.* quin etsi alio loco, inde procul, ubi habitat, jussus sit adire, voluntatem defuncti implere debet, *l.* 6. §. *ult.* ut tamen impendia et vacationum utilitates ei praestentur, neque etiam morbo implicitus proficisci cogatur, multo minus conditioni, quae displiceat, parere, veluti ut nomen testatoris vespillonis ferat. *l.* 7. *eod.* Patenti tamen spatium deliberandi conceditur, *l.* 9. §. 1. modo ne nimis longum, ne prius decedens fideicommissarium decipiat. *l.* 13. §. 3. *h. t.* Quod si major magistratus sit institutus et rogatus, qui ab alio magistratu compelli nequeat, Principale auxilium implorandum est. *d. l.* 13. §. 4. Debet autem restitutio fieri, quando dies legati cedit, hoc est eo tempore, quo testator hereditatem ad fideicommissarium pervenire voluit; quae res pluribus est obsepta difficultatibus, quam ut hoc loco absolvi queat: Scholiastes eam quoque latius prosecutus est; sed nos eam rejiciemus ad usque *Pandectas, titulo, Quando dies legat. vel fideicomm. cedat.* Prorsus igitur repudiare non licet, quin coactioni subjectus sit heres. *l.* 14. §. 1. *h. t.* si fideicommissarius eum cogere supersederit, ac interim ille sit mortuus, hereditas ad legitimos defertur cum onere fideicommissi, *l.* 2. §. *ult. de suis et legit. hered.* sed si fiduciarius neque repudiaverit neque compulsus adierit, ac interim sit mortuus, heres ejus etiamnum compelli posse videtur; *cur enim recusaret quod recusare non potuit is, cujus hereditatem suscepit?* ait Marcellus in *l.* 44. *pr. ad Sc. Trebell.*

S C H O L I U M.

Loquitur equidem l. 44. *non de herede fiduciarii, sed fideicommissarii. Interim tamen argumento* d. l. 44. *verbis:* cur enim recusaret etc. *poterit haec assertio probari. Probabitur etiam argumento* l. penult. §. 1. C. ad Sct. Trebell. *quod facit* Wiss. ad ff. de Sct. Trebell. th. 10.

Quod si nullum successorem reliquerit fiduciarius, *utiles actiones ipso jure* transeunt in fideicommissarium, ex constitutione Justiniani in *l. pen.* §. 1. *C. h. t.*

10. Restitutio non tantum fit possessione translata ex mutuo consensu; sed etiam patientia heredis, concedentis fideicommissarium res hereditarias vel omnes vel aliquas earum possidere, hac mente tamen, ut vellet restituere, et ille suscipere, non si ex alia causa. Sed et si verbo dixit, se restituere, vel per epistolam vel per nuntium, hereditas pro restituta habebitur, actionesque ipso jure transibunt, *l.* 37. *in pr. h. t.* nisi heres ante restitutionem pignus acceperit; quippe illius nomine actio hypothecaria non transit, nisi mediante cessione, ad quam tamen heres compelli potest, idque etiam obtinet, tametsi contractus, propter quem pignus acceptum est, a defuncto fuerit initus, *l.* 73. *h. t.* attamen contra fidejussorem, quem heres a debitore hereditario ante restitutionem accepit, transeunt immediate actiones in fideicommissarium, *l.* 21. *pr. de fidejuss.* similiter pecuniam defuncto debitam, et sibi constitutam, heres post restitutionem ex Trebelliano petere non potest, quia principalem obligationem transtulit ad alium, ait Paulus in *l.* 22. *π. pecun. Const.* Differentia igitur num forte statuenda inter pignus hypothecamve, aliosque contractus, an dicemus in *dd. ll.* 21. et 22. contractus fuisse initos κληρονομίαν ἀ τό

(i) *Pos.* 14. *et* 15.

ματι, ut Basilici notant, ***nomine hereditatis***, et *l.* 37. nomine proprio heredis? Quod facilius videtur. Si nomine hereditario, translatio fit ipso jure; si suo, debet cogi ad cessionem faciendam.

11. Coactionis illius ratio, cum toto hoc titulo a Jctis tam *πραγματικῶς* tractetur, quemadmodum supra monstravimus, non est dicendum, heredem fiduciarium praestando id, quod interest posse defungi, sed omnino ad ipsum aditionis factum a Magistratu adigetur; tamen si quis adeo sit contumax, ut neque captis pignoribus, neque multae dictione ad parendum Praetori possit adduci, res loquitur, fieri non posse, uti ad factum adeundi cogatur, sed in locum facti illius implendi, ex jure ordinario sequitur actio in id quod interest, *§. ult. Inst. de V. O. l.* 72. *ff. eod.* interim hereditas nihilominus pro adita, potestate juris habebitur, actionesque transibunt, ne pervicacia fiduciarii testatorem faciat intestatum. *argum. cit. l. pen. §.* 1. *C. ad Sc. Trebell.* Quod si pareat compulsioni, ac interim is, a quo coactus est, decesserit, heres ejus hereditatem actionesque suscipere cogitur, *l.* 44. *in pr. ad Sc. Trebell.* si heredem ille non habeat, adeoque non sit cui fiat restitutio, tum petere potest, ut bona hereditaria vendantur; aut creditores id, petita separatione, impetrare possunt. *l.* 1. *§.* 6. *de Separat.*

12. (k) Qui coactus, ita ut diximus, adit atque restituit hereditatem, expers est omnis lucri, expers omnis oneris. *l.* 4. *h. t.* Culpam nihilominus, quam praestant fideicommissarii, luere debebit, sed eam dumtaxat, *quae dolo proxima est*, *l.* 22. *§.* 3. *h. t.* tametsi legatarium de levissima quoque teneri, ex *l.* 47. *§. pen. de legat.* 1. dictum sit alibi; quia legatarius rem alienam possidet, fiduciarius interim dominus est, atque etiam alienare potest, ad valorem quadrantis sui indistincte, *l.* 3. *§.* 3. *h. t.* ac insuper *dotis, sive donationis propter nuptias* liberis suis faciendae gratia, ex ***Auth.*** *res quae C. comm. de legatis*, quod recte Interpp. ita monent temperandum, ut de ejusmodi dotibus, nuptialibusque donationibus, quas praestare debuisset testator aut fuisset praestiturus, intelligatur; de liberis enim loquitur Authentica. Si vero, *quod ex bonis* post mortem *superfuerit*, restituere sit rogatus, jure novissimo constitutum est, cum jus habere diminuendi atque alienandi usque ad dodrantem, solo quadrante necessitati restitutionis subjecto: idque nec sine exceptione, videlicet dotis, donationis propter nuptias in liberos conferendae, redemptionis captivorum, necessariique alimenti gratia. in *Auth. Contra. C. h. t.* Si quid tamen mala fide contraque boni viri arbitrium sit consumptum, id repeti potest a fideicommissario; qui etiam attendere debet, ne impensae et erogationes fiduciarii ex hereditate factae, soli fideicommisso imputentur, sed pro rata patrimonii, quod heres proprium habuit, distribuantur. *l.* 54. *h. t.* Quocirca res postulat, ut heres de superfluo tantum rogatus; atque etiam, ut fieri solet, remissa vel prohibita inventarii confectione, qualemcunque tamen bonorum descriptionem, sumptibus fideicommissarii petentis exhibeat, ex qua constare aliquando possit de qualitate et quantitate rerum hereditariarum, de proportione Quartae et distributione impensarum; idque usu servatur, teste Sandio *lib.* 5. *tit.* 3. *definit. ult. in fine.* Huc etiam pertinet cautio, quam heres praestare debet, se fideicommissum, tempore quo rogatus est, restituturum. *l.* 1. *et tit. ff. ut legat. vel fideic. nom. cav.*

13. (l) Creberrima usu sunt fideicommissa conditionalia, quibus rogatur heres, conditione aliqua existente, hereditatem restituere; maximo *si sine liberis decedat*, qua pendente, palam est non posse eum cogi ad restituendum, *l.* 27. *§.* 4. *h. t.* quin si velit, rem interea alienare potest. *l.* 48. *§. ult. de jure Fisci.* Quod si fiduciarius conditionalis repudiet hereditatem, non est alius exitus, quam ut fideicommissarius eam, si velit, suscipiat actionesque ipso jure quasi translatas exerceat, secundum *d. l. pen. §.* 1. *C. ad Sc. Treb.* Imo aliquando, etiamsi existat conditio, non esse compellendum heredem, aequitas et favor pietatis suadet; nimirum, si pater filium, uti post mortem Titio restitueret hereditatem, rogaverit, filioque dein proles sit nata; mortuo filio, non fiet restitutio, sed bona penes liberos defuncti, qui sunt nepotes testatoris, remanebunt, quoniam avus eo creditur affectu erga nepotes fuisse, ut additamentum conditionis, *si filius sine liberis moreretur*, tacite intellexisse videatur, *l.* 102. *de C. et D. l.* 30. *C. de Fideicomm.* Quae conjectura deficit, si filius tempore facti testamenti, quo fideicommissum est conditum, liberos habuerit, eosque vivere avus non ignoraverit; proinde in ea specie fideicommissum nihilominus restituetur extraneo, deducta Quarta Trebellii, aut potius secundum hypothesin juris novissimi, Legitimae, imo, ut pragmatici volunt, utraque. Denique non licebit, quod de avo respectu nepotum diximus vel patrum erga filium transferre ad fideicommissum, quo filius parentem heredem obligaverit; neque

(k) *Pos.* 16. (l) *Pos.* 25.

hoc, liberis postea instituto parenti natis, intercidere dicendum est. *arg. l. 7. §. ult. si tabb. testam. nullae ext. et l. 15. de inoff. testam.*

14. (m) Tribus itaque capitibus istis absolvitur hodie Sctum Pegasiano-Trebellianum. Quod etsi de universa hereditate ut plurimum loquatur, de parte tamen neque omnia intelliguntur, §. 8. *h.* de parte videlicet assis. Nam de singulis rebus fideicommisso gravatis sequenti capitulo agetur. Praeterea sciendum, etiam heredem ab intestato fideicommisso posse gravari. §. 10. Nam etsi nihil a testatore, sed omnia a Lege accipere videatur, cui sit consequens, eum a testatore neutiquam posse onerari, *l. 9. C. de Fideicomm.* re tamen solide examinata, non potest non a defuncto honoratus censeri etiam is, qui ab intestato succedit: Lex enim hereditatem ipsi defert ex praesumpta defuncti voluntate et affectu, qui sanguine proximis prae caeteris bene voluisse existimatur suaque illis bona destinasse, quia non alios, quemadmodum poterat, scripsit heredes. *l.* 8. §. 1. *de jure codic. l.* 1. §. 6. *de Leg.* 3. Etenim semel receptis fideicommissis, magis magisque, ut in noviter repertis fieri amat, amplificata sunt, et producta ad casum intestati, quin etiam eo, ut fideicommissarius rursum fiduciarius fieret, isque, cui restituta hereditas, eamdem totam vel pro parte alii restitueret. At vero non tota vis Scti in ipso iterum exercetur, sed veteris tantum Trebelliani; potest enim cogi ad restituendum, et actiones ab ipso in novum fideicommissarium transeunt, §. 11. *h. l.* 1. §. 8. *h. t.* sed quarta, quam Pegasus olim dabat gravatis, non conceditur huic secundo fiduciario; cum, quia sic hereditas nimis extenuaretur, tum quod cessat ratio praecipua, quia tum non est periculum, ne testamentum destituatur, semel adita hereditate. *l.* 47. §. 1. *ad L. Falcid. et l.* 22. §. *ult. h. t.* Excipitur, *nisi liberalitatem tantum ad priorem fideicommissarium heres voluit pertinere*, ut Neratius scribit apud Ulpianum in *l.* 1. §. 19. *ad Sc. Trebell.* hoc est, nisi primus fiduciarius detractionem quartae remiserit, in favorem primi fideicommissarii, tum hic integram hereditatem solita detractione minuere potest; item si primus heres adire ex Trebelliano coactus, totam fideicommissario tradiderit; tunc enim ille secundo fideicommissario eam restituens, quartam habet deducendam. *l.* 55 §. 2. *eod.* (3) Imputari autem posse fideicommissario secundo detractionem a primo herede factam, dubio carere debet per *l.* 78. §. 11. *h. t.*

15. Sed et saepius fieri potest repetitio fideicommissi; imo nihil usitatius est, quam ut per compendium descendentes onerentur, ut fiat perpetuum per omnes gradus commissum. Quo tamen casu placuit, quando simpliciter descendentes onerati sunt, vim rogationis ultra quartum gradum, sive generationem a testatore computandam, non extendi; quod Interpp. ex Nov. Justiniani CLIX. collegerunt, ubi testator heredes rogaverat, ut bona suis filiis ac nepotibus restituerent, addito interdicto, ne ex suo nomine familiaque domos alienarent. Respondet in *cap.* 1. Imperator, fideicommissum et prohibitam alienationem, esse personale duntaxat onus, non reale, neque ultra filios atque nepotes produci.

Ex quo discimus, si personae sint expressae, quarum intuitu fideicommissum statuitur, licet addat testator, se nolle, ut res e familia sua alienentur, eam prohibitionem non ulterius quam ad easdem pertinere personas; quia tum clausula ista prohibitae alienationis non stat per se, sed accessoria est praecedentis fideicommissi. Sand. 4. 5. 20. Praeterea testator in *d. N.* 159. codicillis nepoti ex filio reliquerat domum luculentam, cum interdicto alienandi; tam ipsius, quam successorum ejus respectu, addito, se illam, *per omnia et perpetuo velle permanere in familia sua, neque unquam de suo nomine egredi.* Nepote mortuo, hujus filius, pronepos testatoris successit, qui filiae suae pupillariter substituit matrem et uxorem, alienas a familia primi testatoris. Ideoque Alexander, proximus ex eadem familia, domum illam cum annexis a matre aviaque infantis mortui evincebat. Decidit Imperator in *cap.* 2. *Hujusmodi quaestiones post quatuor demum generationes moveri, id scrupulosa diligentia plenum videri:* et mox; *quod quatuor jam generationes praeteriisse viderentur, haud sustineremus tam obsoletam causam denuo tradi judiciis.*

Ex his advertendum putamus, primo computationem quatuor graduum non esse faciendam juxta numerum possessorum, ut opinari aliquos vidi, sed generationum simpliciter. Ideoque fieri posse, ut prohibita alienatio cesset, ubi non fuerunt quatuor Possessores; quemadmodum heic, tres tantum possederant domum fideicommissam: nepos, pronepos, abneptis. Contra evenire potest, ut quatuor vel plures fuerint

(m) *Pos* 26. *et seqq.*

(3) *Tantum abest, ut secunda exceptio quam Auctor hic tradit, deduci possit ex* l. 55. §. 2. h. t. *ut contra Papinianus eam ex professo illic improbet.*

possessores; neque tamen exspiraverit prohibitio, ut si fratres plures sueeessive id habuerint, hi omnes pro uno gradu, quemadmodum aunt, haberi debent.

Secundo, vix videri locum esse reprehensioni, qua Cujacius notst Pragmsticos, qui ex *d. Novella* generaliter statuunt, prohibitionos simplices et fideicommissa realia non oisi ad quartum usque gradum produci; verum quidem est in specie ibi proposita, rem extra familiam testatoria mediante pupillari substitutione esse delatam, sanctionemque Imperatoris ad similes controversias proprie spectare, ut *ex cap. ult.* videmus, ubi, *Atque haec*, inquit, *non tantum praesentis causae decisio esto, sed et reliquarum, in quibus hujusmodi prohibitione facta, tot successiones praeterierint; et ultimus heredum, per intervenientem aliquem in medio impuberem, her ditatem eapessat.* Sed etsi non fuisset substituta mater, tamen idem juris futurum fuisse, docet expresse Imperator io *cap.* 2. his verbis; *unde tametsi testamentum*, (in quo substitutio pupillaris facta erat,) *ille non fecisset, suburbium tamen ad matrem ejus pervenisset; non pupilla, sed ipsa quodammodo lege horum causa existente*, hoc est, ab intestato. quoniam antea dixerat, id genus quaestiones ultra quatuor generationes non esse producendas. Utique, si non plane post tot gradus iterdicta illa evanescerent, oe per substitutionem quidem servari potuissent: nam per alienationem prohibitam etiam testamenti factionem sublatam esse, tralatitium est.

16. (n) Caeterum, etsi fideicommissa in tantum a primaeva sua natura recesserint, ut non amplius a fide heredum rogatorum, sed a numero solemni testium, ut reliqua ultimarum voluntatum, pendeaot, herede etiam ignaro; maosit tamen vestigium pristinae fideicommissionis eo casu, quando constat, heredem ipsum a defuncto eorum rogatum, ut hereditatem ejusve partem aut rem certam alii restituat. Etsi enim tunc non adfuerint quinque testes, qui alioqui in fideicommissis, ut in omnibus ultimarum voluntatum speciebus minus solemnibus, requiruntur, *l. ult.* §. *ult. C. de Codicill.* nihilominus heres compelli potest ad implendam defuncti voluntatem, si modo testes, quot sufficiunt ad probationem rei gestae, adfuerint, hoc est, duo vel tres tam mares quam feminae; aut si nulli adfuerint, modo heres fateatur, se esse rogatum: Nam effugium, quod solemnia sint omissa, nihil eum adjuvat, quia placuit in fideicommissis ea non aliter desiderari, quam si heres non sit rogatus. Hoc si factum, tenetur heres velut ex contractu fide data. Quod si rogatum se neget, neque testes adfuerint, nihil aliud superest quam religio jurisjurandi, quod is, qui sibi restituendam esse ait hereditatem, illi defert, praestito prius calumniae juramento; quae omnia juri veteri admodum consentanea statuit Justinianus in §. *ult. h. t. l. ult. C. de Fideic.* neque non usu fori observantur, teste Sandio *lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 18. quem vide, ut et Vinnium *hic.*

TIT. XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

(a) Atque haec de universalibus fideicommissis dicta sufficiant; *De singulis rebus per fideicommissum relictis* est etiam caput in Institutionibus; sed quae ad hoc pertinent, ea paucis explicari possunt. Cum enim per omnia legatis adaequatum sit particulare fideicommissum, eo sensu, quo diximus *ad tit. de legat. a pr.* ea, quae *superius* de legatis fuse dicta sunt, ἀπὸ κοινοῦ facile erit repetere et applicare.

2. Termini tamen, adeoque res adhuc sunt diversae, Legata et Fideicommissa; nam quod verbis directis et imperativis relinquitur, Legatum dicitur; quod obliquis et precativis, hoc est Fideicommissum, §. *ult. h.* nec memini, qua parte recesserim heic loci a meis *supra* dictis, ut scholiastes notat, neo quid sit, admonet. Particulare igitur est, quando quis alii rem certam rogatur restituere, veluti fundum, argentum, hominem, vestem et pecuniam numeratam, in specie scilicet, hunc vel illum fundum, hominem et caetera, vel etiam plures fundos, homines, aut argentum, vestem vel pecuniam. Etsi enim generali vel universali complexione quarundam rerum fuerit usus testator, est tamen singulare fideicommissum, quoties hereditas vel pars assis non rogatur restitui. Neque tantum heres de re speciali potest rogari, sed et legatarius et particularia fideicommissarius, §. 1. *h. l.* 9. *C. de fideic.* et mortis causa donatarius. *l.* 77. §. 1. *de leg.*

(o) *Pos. ult. tit. seqq.* (a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4.

2. Cui est consequens, quod etiam a legatario legatum hodie possit relinqui, periode ac fideicommissum: si quidem nulla inter haec duo superest differentia; contra quam olim, *pr. h. t.* Ulp. *tit.* 24. §. 10. Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. §. 4. Legari quoque res alienas uti diximus, ita et recte per fideicommissum relinquuntur, ut heres aut legatarius rogetur eam redimere et alii praestare, iidemque de suis rebus et propriis rogari possunt, modo ne testator plus oneris exigat, quam ipse lucri et honoris adscripserit. §. 1. *h. t.* Nam si haec fecerit, etsi Heres legatum sibi relictum agnoverit, tamen ad plus alia praestandum, quam ipsemet acceperit, non tenetur; *Nam quod amplius est, inutiliter relinquitur*, ait textus hoc §. 1. Quin imo nec heres ipse de legatis ultra vires hereditarias unquam tenetur. *l.* 1. §. 17. *ad Sc. Trebell.* (1)

3. (b) Plane, quod ad effectum, nihil legata et haec fideicommissa discrepare animadvertimus, nisi quod in libertate relicta id, quod olim intererat, hodieque superesse videatur; nempe, quod servus, cui directe legatur libertas, fiat immediate liber ex testamento, ac ita libertus *orcinus*, cujus Patronus sit in orco, vel Charonites sive χαρωνιτης, ut Theoph. cujus manumissor cymba Charontis sit transvectus, pari forma ac olim Senatores, qui ab Antonio quasi e commentariis Caesaris erant allecti, dicebantur *Orcini*, Suet. *Aug. c.* 35. Plutarcho in *vita Antonii*, χαρωνῖται *Charonitae*, quia Graeci Charontem norunt, Orcum non appellant. At quibus per fideicommissum relinquitur libertas, hi ab herede rogatu testatoris debent manumitti, et sic ipsius sunt liberti, ut is habeat jus succedendi ab intestato petendique bonorum possessionem contra tabulas, prout omnes Patroni, §. 2. *h. l.* 7. *C. de fideic. lib.* quanquam operas a tali manumisso exigere non potest. *l.* 29. *de bonis libert.*

SCHOLIUM.

At quid si testator dixerat, Titius heres Davum manumittere damnas esto. *Verborum formula Legatum id esse indicat. An vero et hic servus libertatem ipso jure accipiet? Non puto, id enim defunctus noluit, ergo patet, decisionem* d. §. 2. Instit. de sing. reb. per fideicommiss. rel. *non a differentia legatorum et fideicommissorum, sed aliunde petendum esse.*

RESPONSIO.

Unde igitur? Ex eo haud dubie, quod naturalis significatio verborum nunquam abolita fuit, verum semper justam retineat interpretationem. Quando igitur Testator ita loquitur, ut factum heredis necessario interveniat, tunc ipso jure quod voluit, impleri non posse res loquitur. Ita fit in legato damnationis, aeque ac in fideicommisso, et hinc eadem utrobique ratio.

N. ADDIT.

Et sufficit adeo, quod ex ipsa hac Autoris expositione mentis meae constet, verum esse, quod dixeram, decisionis in d. §. 2. *rationem aliunde petendam esse, quam a differentia legatorum et fideicommissorum.*

Sed haec differentia, sublatis servitutibus et manumissionibus, sponte evanescit, neque vero differentia ista transferendi ipso jure legata, non aeque fideicommissa, tuto ad res alias producetur; etenim quominus hae per fideicommissum relictae minus ipso jure quam legatae res adquirantur, secundum *l.* 1. *de leg.* 1. nihil profertur. Alia manet, ea quam modo collocavimus ex [illegible] *ult. de fideic. hered.* fideicommissum praesente et audiente herede relictum, nullam aliam solemnitatem quam ipsius conscientiam vel testes duos requirere, quod de legato dici nequit, siquidem ad heredem verba referri et dirigi debent, ut solemnitas remissa intelligatur: at eo modo conditur fideicommissum, quod in se et conceptione verborum adhuc a legato differre, effectibus dumtaxat confusis, *supra* ostendimus: Ideoque sanctio d. §. *ult.* ad legata non pertinet.

SCHOLIUM.

Ad legata tamen etiam d. l. fin. C. de Fideicomm. *extendunt Pontschmann* l. 2. quaest. 7. *Sichardus* ad d. l. fin. n. 13. *quos secuti videntur JCti Jenenses in responso ap. Richterum* decisione 62. n. 21. et 23. *Sed cum Autore faciunt Sande* lib. 4. tit. 5. def. 18. *Frantzk.* ad Inst. §. fin. de fideicomm. *Heigius* ibidem. *Praxin judiciorum nostrorum vid. ap. Carpzov.* 3. 8. 40. seq. *Philippi* lib. 3. Eclog. 102. *Richter* d. decis. 62. n. 20. et 21. Idem liquet inde, *quod constitutio Justiniani sit saltem de fideicommissis concepta*, Franzk. d. l. *et quidem etiam de universalibus, quae non ita ut singularia*

(b) *Pos.* 5. 6. *et* 7.

(1) *Est tamen exceptio de jure novissimo, quam Auctor non admittit, nisi heres non confecto inventario hereditatem adiverit.* Nov. 1. Cap. 2. §. 2.

legatis exaequata sunt. Contra pro dissentientibus afferri poterit, quod legata fideicommissis sint exaequata, quodque respectu verborum fere nulla videatur esse differentia, an Testator praesente herede dicat: Titius habeto centum; *an;* volo ut Titio dentur centum; *praeprimis in idiomate Germanico.*

RESPONSIO.

Haec ratio inde refellitur, quod modo dictum est, nativam significationem verborum, quatenus diversa manet in legatis et fideicommissis, non esse sublatam.

N. ADDIT.

Initio haec responsio non quadrat, quin in dato casu ostendi, nullam diversitatem significationis verborum adesse. Secundo ipse Autor in praecedenti Scholio concesserat, legati damnationis et fideicommissi, esse unam eamdemque significationem. Ergo addamus hos casus pro illa sententia: Quid interest sive dicit testator: heres meus Titio centum dare damnas esto. *Sive*, volo, jubeo, mando, ut heres meus Titio centum det. *Tertio jungendum erat cum praecedente Scholio sequens, quod Autor, nescio qua de causa separaverit, cum in positionibus, uti ibi extat, continuet rationes pro dissentientium sententia, et in ista separatione, quam nunc fecit Autor, non habeat sensum ita commodum. Forte id ideo factum, quia sensit Autor rationem, quod hic sufficiat sola testatoris voluntas, ita praegnantem esse, ut non haberet quod ei opponeret.*

Dicendum autem, etsi heres fidem testatori non dederit, sed rogatus tantum sit, tamen habere locum sanctionem *d. §. ult.*

SCHOLIUM.

Adde quod hic sufficiat sola testatoris voluntas, nec necessum sit, an heres fidem testatori insuper dederit. Praelect. p. 259. n. 16. *Dico* praesente herede: *Nam si hic absens fuerit, legata sine quinque testibus non valere certum est, ut nec fideicommissa.* arg. d. l. ult. C. de Fideicomm. *Philippi* d. Ecl. 102. n. 6.

Caeterum in legatis, sicut in omni ultima voluntate, requiritur etiamnum numerus quinque testium. *l. ult. §. ult. C. de Jur. Codicill.*

TIT. XXV.

DE CODICILLIS.

I. Origo Codicillorum et quid sint. II. Heredis institutionem non recipere. III. Quotuplex Codicillus. IV. Quae sit vis clausulae codicillaris. V. An directa institutio per eam sustineatur, et quid hodie juris sit ex sententia Dd.

(a) Quemadmodum fideicommissa eludendis legibus reperta sunt, its scrupulosae subtilitati juris testamentarii declinandae, receptus est usus Codicillorum. Etenim, quia frequenter eveniebat, ut quibus integrum non esset, tot adhibere solemnia, quot in testamentis requirebantur, nec tamen aequum, toties eos destitui facultate disponendi; ratio aperta est, qua salva juris testamentarii subtilitate, desiderio aegrotantium aut peregre agentium satisfieret, ut latius memoratur in *pr. Inst. h. t.* Placuit igitur *Codicillos* recipi, qui sunt *species ultimae voluntatis minus solemnis de iis, quae quis post mortem suam fieri vult, excepta heredis institutione* hoc enim discrimen ideo servatum, ne jus testamenti, cujus basis ac fundamentum est heredis institutio, hac ipsa solemnitatum remissione involveretur. Facile (b) igitur apparet, differentiam codicillorum a testamentis, in summa esse duplicem, quod in hoc institutio heredis, quaeque ab ea dependent, fieri nequeant, et quod solemnia juris in codicillo sint remissa, quae quot numero sunt, totidem differentiae capita numerari possent: sane est inter ea, quod etiam mulier in codicillo testis esse queat, ut quidem videtur. Cum enim nusquam ei testimonio, praeterquam in testamento, interdicatur, eaque prohibitio unum ex solemnibus testamenti constituat, neque novissime inter requisita Codicilli haec ipsa recenseatur; satis clarum est, nihil causae videri, quare personam mulieris a Codicillis arceamus, accedente pari argumentatione ac Paulus utitur in *l. 18. de Testibus.* (1) Quod autem sub finem *princ. h. t.* scriptum est, *si quis*

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. 4. *et* 5.

(1) *Dissentit Vinnius in fine* h. t. *quem refutat Hein. in not. ibid.*

testamentum facere non posset, tamen codicillos posse, videlicet de impedimentis facti, non juris accipiendum, ut satis indicat *l.* 6. §. 3. *et l.* 8. §. 2. *h. t.*

2. (o) *Supra* intelleximus, Heredis institutionem in Codicillis fieri non posse, id et ampliat, nec non limitat Imperator in §. 2. *h. t.* Producitur enim et ad exheredationem, quemadmodum in contrariis easdem sequimur rationes. Sed nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere potest testator; Quin haec omnia in codicillis directe facta, ipso jure nulla censentur. *d.* §. 2. *l.* 6. *h. t.* Nisi quod pupillaris substitutio, facta codicillis, quasi in fideicommissum flecti videatur, per *l.* 76. *ad Se. Trebell.* Perinde ut confirmatio heredis antea inutiliter instituti, facta codicillis valet jure fideicommissi, *l.* 2. §. *ult. h. t.* quaequam declaratio heredis in testamento rite, sed absque nomine instituti, possit fieri codicillis, et recto jure subsistat. *l.* 77. *de hered. instit. et l.* 10. *de Condit. instit.*

S c h o l i u m.

Imo quaevis substitutio, institutio et exheredatio in codicillis factae resolvuntur in fideicommissum, si modo constet, testatorem codicillos non testamentum facere voluisse, argumento d. l. 76. ad Se. Trebell. Videatur *Wissenbach.* d. l. th. 19. *Strauch.* dissert. X. th. 23. *Philip.* Ecl. 105.

Responsio.

Quod in d. l. 76. *benigna interpretatione placuisse dicitur, id universi juris facere non est Interpretis: etsi communem eam esse DD. sententiam, usu fori approbatam, non ignoramus.*

N. A d d i t.

Non melius judicare poterimus, quam ex ipsis textus verbis: Scaevola respondit, si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem, eique Codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit. licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest: tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur. *Jam Judicet omnis, an JCtus se fundet in speciali aliqua interpretatione benigna juris, an non in generali, et quae applicari possit etiam ad* §. 2. *et* l. 6. h. t. *quae Autorem moverunt, ut a sententia nostra dissentiret.*

Caeterum, ipsa heredis institutio ipsaque exheredatio, tametsi directe non bene fiat, expressa tamen per modum fideicommissi effectum sortitur, *d.* §. 2. *l.* 2. *C. h. t.* quo casu heres antea scriptus, aut legis successor, quartam Pegasianam deducere potest, nisi testator eam prohibuerit, ut ex loco de fideicommissariis hereditatibus recordamur. Denique ex eo, quod heres in codicillis institui nequit, hoc etiam sequitur, (d) non ut duo testamenta ejusdem hominis pariter subsistere nequeunt, ita et codicillum a codicillo necessario perimi, verum sine conflictu diversos valere, modo capita unius per alterum non tollantur: Quippe heredis institutio est universalis, codicilli dumtaxat particularia continent. Universitates duas nemo solus habet simul, res singulares idem multas habet; Proinde dispositiones judicandae. §. *ult. h. t.*

3. (e) Divisionem Codicilli ad instar testamenti recipiunt, in scriptos et nuncupativos; Etenim primitus scriptos dumtaxat usitatos fuisse, nominis argumento patet; aucto tamen, ut fit, cum tempore eorum usu, declarationem quoque non scriptam solemnibus Legum solvere placuit. *l. ult.* §. *ult. C. h. t. l.* 13. *C. de SS. Eccl.* Est et alia divisio plane a testamento abhorrens: Dicuntur enim codicilli, vel testato vel ab intestato fieri. §. 1. *h. t. l.* 8. §. 1. *h. t.* Testato, cum praeter Codicillos defunctus etiam testamentum reliquit; ab intestato, cum non firmantur testamento aut secus. Confirmatio fit vel in futurum vel posteriori testamento. Confirmationis futuri Codicilli exempla sunt in *pr. h. l.* 6. §. 2. *l.* 8. *pr. eod. et l. ult. de fideicomm. libert.* Codicillorum pridem factorum in testamento sequenti confirmatio, olim erat necessaria, cum alioqui vitiarentur, non modo tempore Plinii Secundi, *l.* 2. *epist.* 16. sed et Papiniani sententia, *l.* 5. *h. t.* donec, ipso quoque superstite et forsitan auctore, Severus et Antoninus constituerunt, sufficere ad valorem codicilli, quod non appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse, *d.* §. 1. *h. t.* ex qua constitutione *d. l.* 5. in verbis *quocunque judicio* etc. interpolatam esse observat Wissenbachius *emblem. Tribon. ad d. l.* 5. et ex eo noster Scholiastes.

N. A d d i t.

Notaveram et illud de jure noviori Codicis (1) l. ult. C. h. t. *pertinere ad solos codicillos ab intestato.* (2) *Post.* d. l. ult. *ita distinguendum esse: Aut prioribus Codicillis solemnitates* d. l. ult. *fuerunt adhibitae, aut non. Priori casu confirmatione expressa in subsequente testamento non erit opus, bene tamen posteriori.*

(c) *Pos.* 6. *et* 7. (d) *Pos.* 13. (e) *Pos.* 8. *et seqq.*

Interest tamen, confirmati sint nec ne codicilli; (α) si enim confirmati fuerint, tutor (β) in iis, et libertates (γ) directe dari possunt, alioqui tantum per fideicommissum. (δ) *l.* 3. *de test. Tut. l.* 1. *de confirm. tut. et l.* 43. *de manum. testam.*

S c h o l i u m.

(α) *Dicerem potius ex hypothesi Autoris: Interest*, testato facti sint nec ne. *Quamvis enim Juris-Consulti in textibus hic citatis per codicillos confirmatos testamento, intelligant testato factos: per non confirmatos, factos ab intestato, tamen Autor* in pos. 10. *Testamento factos codicillos subdivisit in confirmatos et minus.*

(β) *Quoad tutorem hoc interest: quod in confirmatis valeat ipso jure, in non confirmatis, confirmari debeat a magistratu.* d. l. 3. et d. l. 1.

(γ) *At postquam Jure Codicis legata et fideicommissa sunt exaequata, et libertates in codicillis ab intestato directo dari poterunt. Non obstat* §. 2. de sing. reb. per fideicomm. rel.

(δ) *Putarem et legata in codicillis ab intestato relinqui posse, argumenta* l. 14. §. 1. verbis: quisquis mihi heres erit. ff. h. t.

Responsio.

Prior animadversio parum liquida est: neque e textibus aliquid esse mutandum colligi potest. Reliqua bene habent et retineantur.

N. A d d i t.

Sit ita. Ergo expungi poterit Scholium istud prius etiam, meo consensu.

(f) Facti porro codicilli testato, vires capiunt ex testamento, ita ut hoc subsistente, valeant, alioqui non subsistant. *l.* 3. §. *ult. h. t.* Exemplum est in *l.* 12. §. 5. *de Capt. et de post. lim.* ubi codicillus ab eo, qui servus hostium et postliminio reversus (alioqui servus foret *l.* 7. *pr. h. t.*) erat, sustinetur, quia testamentum ante captivitatem factum extabat: Imo quaecunque in Codicillis scribuntur, perinde habentur ac si in testamento scripta essent, *l.* 28. §. 2. *h. t.* quod tamen de his, quae juris potius quam, quae facti sunt, intelligendum monet Marcianus, *l.* 7. §. 1. *eod.* ut si servo meo legatum sine libertate reliquerim, non valet legatum; quod si postea in Codicillis libertas addita sit, habetur ac si testamento data fuisset, quoniam in statu subjecto nihil mutatum est, ideoque legatum valebit. *l.* 8. §. *penult. h. t* Si quis autem in codicillis vestem *quae sua sit*, leget, eo ipso tempore debet esse ipsius, non sufficit fuisse aut fore, condito testamento, *d. l.* 7. §. 1. item legato, *si Titius vivus est*: tunc debet vivere quando legatur et codicillus scribitur; testamentum efficere non potest, ut qui mortuus fuit, vixisse dicatur. Qui servum in Codicillo manumittit, recte agit, modo tunc solvendo sit, idque solum, non testamenti tempus inspicitur. *l.* 4. *h. t.*

4. (g) Hactenus de Codicillis ex primaevo et veteri instituto, quo nullam solemnitatem ordinationis desiderabant. Postea Theodosius in *l. ult. C. h. t.* sanxit, unitatem contextus in iis quoque servandam, et quinque testium subscriptionem adhibendam, supra quae nihil de caeteris solemnibus testamentorum huc est translatum. Si quis autem in eo fuerit, ut testamentum conderet, sed imperfectum; saepissime constitutum et rescriptum est, eum nec Codicillos fecisse videri, *l.* 1. *h. t. nisi voluerit*, addit Ulpianus, *quasi codicillos id valere testamentum*, quod exprimere debet: alioqui juris id nulla interpretatio supplebit, *l.* 41. §. 3. *de vulg. et pup. subst. et l. ult.* §. 1. *C. h. t.* praeterquam in militibus, *l.* 3. *de Test. milit.* ubi testatur Ulpianus, plerosque paganos, cum testamenta faciunt per scripturam, solere adjicere, *velle hoc etiam vice codicillorum valere*, quo casu nemo dixerit, *addit*, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse. Atque haec est celebris illa clausula codicillaris, quae et laxius alioqui concipitur hoc modo; *Ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, hoc meum testament. cupio esse ratum quocunque jure poterit*; quibus verbis videtur voluisse, ut omnimodo valerent ea, quae reliquit, etiamsi intestatus decessisset, ait Paulus in *l.* 29. §. 1. *ff. Qui testam. fac.* Jam ex illis locis non difficulter potest colligi, quae sit illius clausulae potestas jure civili, scilicet, ut imperfectum testamentum pro codicillo habeatur. Quid ergo, si tantum inchoata sit dispositio, non impleta, numquid tamen ea, quae sunt expressa, valebunt? Videntur ex *d. l. ult.* §. 1. *Qui decrevit*, inquit, *facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videtur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam Codicillorum scriptura debeat obtinere.* Sed, opinor, idem vult Caesar his verbis, *qui decrevit facere testamentum*, quod Ulpianus in *d. l.* 1. *h. t. qui testamentum facere opinatus est*; qui in hoc fuit, ut conderet testamentum, sed

(f) *Pos.* 9. (g) *Pos.* 14. *et seqq.*

perficere cunctas non potuit solemnitates: quae voluit, ea quidem extulit; sed non rite pro testamento: tum scil. defectus solemnitatum suppletur, non earum, quae ad testamentum requiruntur, sed ut codicillus fiat: Relicta autem Codicillo heres legitimus, ut supra diximus, praestabit.

5. At directa heredis institutio non videbatur ita sustineri; Nam haec in codicillo est ipso jure nulla, nec adjectio conditionis, nec substitutio rectis verbis facta valebat, quin nihil egisse testatricem, quae haec testamento directe inseruerit, affirmat Marcianus in *l.* 6. *pr. h. t.* Si directa institutio, in codicillis optimo jure factis non flectatur in vim fideicommissi, quomodo ea via sit clausulae Codicillaris, per quam benigne dumtaxat receptum est, ut testamentum vitiosum instar codicilli valeat, non animadverto. Quod si illa potestas sit clausulae, ut heredis institutio vitiosa convalescat, nulla causa videtur, quare non etiam testamentum, in quo filiusfamilias vel posthumus est praeteritus, eadem ratione sustineatur, atque ita cum clausula raro omittatur, omnia illa juris capita de filiofamilias instituendo vel exheredando, de rumpendo testamento per agnationem, aliaque similia enervabuntur. Doctores tamen obtinuerunt, ut testamenta praeteritione nulla aut exheredatione iniqua, sed hac clausula munita, heredem ab intestato obligare dicantur, quo scriptis hereditatem restituat, jure fideicommissi. Quando enim testator dicit, si haec dispositio non valet jure testamenti, valeat jure codicillorum, aut quacunque ratione poterit, idem esse videtur, ac si diceret, si institutio non est valida eo modo, quo nunc ordinata est, volo ut effectum habeat, quocunque meliori modo e me disponi potuisset; adeo ut si necesse sit, filium heredem fieri, velim tamen, ut bona mea restituat ei, quem scripsi heredem: idque usus fori comprobavit, teste Sandio *lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 2. ad quam si non probandam facit adjuvandam *l.* 2. §. *ult.* *l.* 13. §. 1. *h. t. et l.* 76. *ad Sc. Trebell.* in quibus id doceri videtur, si constet, testatorem facere voluisse codicillum, quod etiam heredis institutio valore fideicommissi subsistat. Imo si dubitetur, utrum dispositio sit testamentum, an codicillus, neque testamenti jure queat, non dubitatur, quin pro codicillo haberi debeat, ut tradit idem Sandius. *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 12. Quin imo etsi clausula codicillaris plane sit omissa, in praxi tamen eorum sententia obtinuit, qui facile eam intelligendam putant, eo quod cunctis testatoribus ea stet mens, ut voluntates suas, quacunque ratione poterunt, effectum habere cupiant, haud aliter animati, quam est Lucius Titius in *l. pen.* §. *ult. de legat.* 2. ubi ita. *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo Juris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* Hoc tamen ne Pragmatici quidem patiuntur, ut praeteritio posthumi per Clausulam codicillarem sustineatur: nec enim dubitandum videtur, quin id voluntati Testatoris repugnet, ut filius post testamentum factum natus, de quo Patrem non cogitasse credibile est, a successione praetextu clausulae codicillaris excludatur. Gail. 1. 114.

Explicit Lib. Secundus.

EX LIB. III.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

HISTORIA TREDECIM PRIORUM CAPITUM LIBRI TERTII.

Tit. I. *De heredit. quae ab intest. defer.*

Lex XII. Tabularum dedit civibus Romanis liberam potestatem de bonis suis post mortem disponendi. Quo arbitrio si quis non esset usus, ipsa lex providit successionibus, secundum praesumptionem, quae de voluntate defuncti quam maxime probabilis colligi posset, et juxta quam ipse, si superesset, facturus videretur. (1) Hereditas, quae sic a lege defertur, nomen habet Legitimae; alias, intestati, quasi per defectum testamenti. Intestatus proprie dicitur is, qui cum posset, non fecit testamentum, quemadmodum privatio, ut dicimus, praesupponit habitum facere; sed et alios, qui testamentum facere nec possunt, vocamus intestatos. *l.* 1. *pr. de suis et legit. hered.* Primi jus successionis ex lege adipiscuntur Sui heredes, de quorum definitione supra dictum, qui emancipatos, licet gradu naturae propiores, excludunt; veluti nepos suus in successione avi praefertur patri emancipato, §. 2. *I. h. t.* idque de suis tam adoptivis, quam naturalibus, et legitimatis accipiendum. Scilicet, si nepotes essent, ex filio natos oportuisse apparet, si quidem, qui sui alioquin esse non poterant, nepotes neptesque è filia praeteribantur, qui tamen postea, aequitate flagitante, per constitutiones sunt admissi, post Suos, ante agnatos. §. *ult. eod.* Quoniam autem, suo herede mortuo, liberi ipsius confestim in locum succedunt patremque repraesentant, inde factum, ut partitio hereditatis in liberos ulterioris gradus non fieret προσωπικῶς, sed κατὰ στῖρπαν, *non in capita, sed in stirpes*, hoc est, ut plures liberi tantundem acciperent, ac unus eorum parens fuisset habiturus, idque sive nepotes sint tantum, sive cum nepotibus pronepotes abnepotesque concurrant. §. 6. *eod.* Suum autem heredem fuisse oportebat eo tempore, quo certum erat, eum, de cujus successione quaerebatur, mortuum esse intestatum, adeo ut aliquis Suus fieri posset, qui tempore mortis non fuisset, ut in §. 7. habetur, ac etiam nepos post mortem avi conceptus et natus, mortuo Patre, (qui non fuerat heres suo Patri) non existat avo suus heres, neque plane cognatus, adeoque successione ab intestato destituatur. §. 8. *eod.*

Liberi emancipati jure civili exclusi, humanitate Praetoris, una cum Suis vocabantur ad bonorum possessionem, ex Edicto, *Unde liberi.* nisi ab alio essent adoptati; adoptione rursus soluta, recuperabant jus praetorium versus suum Parentem, nisi post mortem hujus essent emancipati; tunc enim neque adoptivo neque proprio patri succedebant, §. 10. *et* 11. *eod* quod postea correctum est per *l.* 10. *C. de adop.* §. 2. *supra de Adoption.* §. 14. *h. t.* Adeo autem inter emancipatos cessabat successio, ut jure civili nec pater, nisi eum pacto fiduciae cum emancipasset, heres fieret; quod pactum constitutione Justiniani semper intercessisse praesumitur. §. *ult. de legit. agnat. success.*

(Tit. II. *De Legit. agn. success.*)

Deficientibus liberis, Agnati proximi ex Lege XII. Tabularum in infinitum vocabantur, tam adoptivi quam naturales. *pr.* §. 1. *et* 2. *h. tit.* Agnatae non ultra secundum gradum, id est, sorores dumtaxat admittebantur; sequentes a Praetore beneficio Edicti *Unde cognati* juvabantur, donec a Justiniano omnes agnatae maribus agnatis sint adaequatae, §. 3. *et* 4. *eod.* qui et enormius sororum filios filiasque inter agnatos agnatasque vocavit. §. 4. Proximus autem censetur agnatus, qui tunc gradum obtinet

(1) *Sed haec ratio non potest convenire nisi juri per nov.* 118. *introducto: alia plane ratio fuit jure veteri, conservatio scilicet familiarum. Bynkersh. obs.* lib. 2. Cap. 1.

proximum, quando constat, defunctum esse intestatum, scilicet testamento non facto, cum moritur; alias, cum testamentum ab herede destitutum est. §. 6. *eod.* Gradus autem simpliciter computabantur sine ulla repraesentatione, adeo ut frater liberos fratris defuncti excluderet, §. 5. et si prior gradus successionem repudiasset, sequens non vocabatur, quia non fuerat gradu proximus, eum defunctus primum intestatus appareret; Sed hic a Praetore inter cognatos juvabatur; a Justiniano successorium Praetoris Edictum ad agnatos civiliter productum est. §. 7.

(Tit. III. *De Sc. Tertyll.*)

Inter agnatos cum non esset mater, consentaneum fuit, eam per remotiores agnatos excludi jure antiquo, donec Scto Tertylliano tempore Hadriani mater, non avia, jus trium habens liberorum, aut libertina quatuor liberis onerata, filiis suis, etsi vulgo quaesitis, §. *ult.* succedere jussa est; si quidem ipsi non reliquissent liberos aut fratres germanos vel consanguineos, nam soror eum matre pariter vocabatur, ut et illa cum fratre consanguinea, *per* §. 2. *et* 3. *h. t.* donec Justinianus matrem et eum fratribus consanguineis vocavit et eum sororibus tam uterinis quam consanguineis, hereditate in capita dividenda. Quod si tantum sorores extarent, nulli fratres, tum mater semissem, sorores pariter semissem alterum accipiebant. §. 5. *eod.*

(Tit. IV. *De Sc. Orphit.*)

Vicissim Scto Orphitiano, auctore divo Marco, ad cujus orationem factum est, *l. pen. ad Sc. Tertyll.* liberi etiam vulgo quaesiti, ad matris successionem, quam nec ipsi olim habebant, admissi fuere *tit. Inst. de Scto. Orphit.*

(Tit. V. *De success. cognat.*)

Post agnatos veniebant cognati, id est, per feminas juncti, ex Edicto Praetoris *unde cognati*, quibus et agnati minimam capitis diminutionem passi accensebantur, exceptis fratribus et sororibus emancipatis, non etiam liberis eorum, qui cum fratribus in potestate retentis succedebant pro portionibus dimidiis; ut ex §. 1. ibique Theophilo discimus *tit. de success. cognat.* Etiam, qui in adoptionem sunt dati, paternae lineae cognati sunt, nec non vulgo quaesiti huc veniunt; sed omnes cognati non ultra septimum gradum, agnati usque ad decimum admittebantur. §. 4. *et* 5. *eod.*

(Tit. VI. *De grad. cognat. juncto* Tit. VII.)

Qua occasione proponitur computatio graduum, quam occupavimus *supra*.

(Tit. VIII. *De success. libert.*)

Patronus quoque liberto succedebat, olim non nisi intestato in solidum, postea, si liberos non haberet naturales, etiam testato pro parte dimidia bonorum. Deinde ita; si in bonis haberet centum millia sestertiorum, sive mille aureos maximi valoris, id est, bis mille quingentos imperiales nummos; tum, et si pauciores quam tres liberos reliquisset libertus, virilem portionem consequebatur patronus; tribus relictis prolibus, excludebatur, idque Lege Papia §. 1. *et* 2. *de success. libert.* Justinianus ita sanxit; liberto minus centum aureis habenti, Patronus testato non succedit. Intestato sine liberis mortuo ex asse succedit. Majori centenario liberos habenti prorsus non, prole carentibus intestatis in solidum; testatis quanquam praeteritus, in partem tertiam succedere debet, idque hodie indistincte sive latini sive alterius generis libertini sint, discriminibus illis a Justiniano sublatis. §. *ult. de success. libert.*

(Tit. IX. *De adsignat. Libert.*)

Jus hoc quod Patronus habet, transmittit ad liberos, heredes suos, nisi uni ex illis libertum adsignaverit, quod pro arbitrio potest, seu testamento sive absque eo, quibuscunque verbis; modo is cui adsignatur in potestate sit; emancipatio enim adeo inutiliter fit adsignatio, ut secuta quoque emancipatione, facta prius adsignatio evanescat. §. 2. *et ult. de adsign. lib.*

(Tit. X. *De bonor. poss.*)

Videmus igitur, quasdam ex illis personis jure civili ad hereditates pervenisse, quasdam a Praetore vocatas ad bonorum possessiones. De illis in superioribus abunde fuit actum; operae pretium est ad bonorum possessionem digredi, quae definitur in *l.* 3. §. 2. *de bon. poss. jus. persequendi retinendique patrimonii, quod cujusque, cum moritur, fuit.* Est ejusmodi jus, quod ut Imperator ait *in pr. Inst. de bon. poss.* heredem quidem ipso jure non facit, quia hoc legis opus est, non praetoris, in effectu tamen est idem, quod hereditas *l.* 136. *de V. S.* et plenam in rebus vim dominii tribuit. *l.* 1. *de bon. poss.*

Dividi solet primo in Edictalem et Decretalem, vel potius in ordinariam et extraordinariam. *l.* 3. §. *ult. de Carbon. Ed. l.* 5. §. 3. *de legat. praest. l.* 1. §. 4. *Si tab. test. null. ext.* Edictalis est ordinaria, quae ex Edicto competit, sine accurata causae cognitione. Decretalis, quae quidem ex Edicto etiam datur, *l* 2. *de Carbon.* sed decreto adhibito, causaque pro tribunali extra ordinem cognita, qualis est Carboniana. *l.* 2. §. 1. *Quis ordo in bon. poss. serv.* Sed praecipua divisio fertur, quod vel testamento facto competat, vel ab intestato. In utraque specie praetor succurrere voluit his, qui a jure civili negligebantur, et angustissimis finibus constitutum per legem XII. tabb. jus percipiendarum hereditatum ex bono et aequo dilatavit, ait Imperator in *fine pr. h. t.*

Facto testamento, duae competunt bonorum possessiones, Contra tabulas et secundum tabulas, quae ut dentur, hoc proprie requiritur, ut tabulae extent, adeoque scriptum sit testamentum intelligitur, quanquam et ad nuncupativum postea sunt productae. *l.* 3. §. *f. de b. p. sec. tab.* Contra tabulas quibus detur, alias intellectum est, liberis videlicet emancipatis praeteritis. §. 3. *supra de exhered. lib. l.* 1. §. 6. *de bon. poss. c. tab.* Suis praeteritis haec nullo modo est necessaria; ut qui testamentum dicant nullum: sed ob promptitudinem remedii praetorii, et quia mollius creditur, ab his quoque usurpatur, §. 12. *supra de her. quae ab Int. l.* 12. §. 1. *d. t. de b. p. c. t.* etiam ab exheredatis, non qui recte, sed qui vitiose exheredati sunt. *l.* 8. *pr. et* §. 2. *eod. tit.* Datur et alia bon. poss. quae erat praeparatoria querelae inofficiosi, dumtaxat litis ordinandae gratia, de qua in *l.* 8. *pr. de inoff. test. l.* 2. *C. eod.* Quin aliquando is, qui testamento legitime institutus est, petit hanc contra tabulas, ut frater emancipatus heres scriptus, cujus frater est praeteritus. Cum enim hic per contra tabulas testamentum rescindat omniaque ad causam intestati redigat, alter institutionis jure destitutus ejusdem remedio debet uti. *l.* 3. §. 11. *l.* 11. *l.* 10. §. *ult. de b. p. c. t.*

Ventri praeterito datur etiam bonorum P. contra tab. curatorque bonis datus non poterat adhuc petere contra tabulas, sed interim ex Carboniano edicto, atque decreto mittebatur in possessionem bonorum, donec mulier pareret aut abortum faceret. *l.* 1. *pr. et* §. 14. *De ventr. in poss.* Interim alitur mulier eo modo, qui praescribitur in §. 19. *et* 20. adde §. *pen. d. l.* 1. Dicitur illa missio ex Edicto Carboniano in *l.* 10. *de Carb. Ed.* utili scilicet extensoque per imitamentum ad hanc speciem. *d. l.* 1. §. 14. Nam Carbonianum proprie est, quo succurritur filio impuberi testamento Patris praeterito, qui non potest contra tabulas petere, ideo quod quaestio status aut natalium ipsi moveatur, quasi filius non sit ejus de cujus bonis quaeritur. Interim enim, dum ad pubertatem perveniat, datur ei bonorum possessio decretalis extraordinaria, et causa cognita. *l.* 1. *et t. tit. de Carbon.* Quaestio natalium usque ad pubertatem differtur. Puer interea pro filio habetur, alitur ex fructibus et actiones exercet, maxime quae moram longiorem non patiuntur, utique si satisdederit de restituendis bonis, ubi adversus eum judicatum sit. *l.* 15. *eod.* Si non satisdet, adversarius pupilli simul in possessionem mittetur, *l.* 1. §. 1. *eod.* et siquidem hic satisdet, curator ipse constituitur, omniaque curat et actiones exercet. *l.* 5. §. 1. *eod.*

Bonorum possessio secundum tabulas, initio pro illis introducta est, quibus licet testamento scriptis heredibus, subtilitas aliqua juris civilis obstabat, qualis in §. 6. *Inst. Quib. mod. test. infirm. in l.* 12. *pr. de injust. rupto irr. fact. test.* Postea compendii causa ad quoslibet heredes scriptos produci coepit, si modo septem testium signis tabulae essent subsignatae, neque praetor anxie in reliqua juris civilis requisita inquirebat, imo etsi filius in testamento esset praeteritus, tamen secundum tabulas dabat scriptis possessionem, non prius tamen quam certum esset, liberos contra tabulas non petituros, *l.* 2 *in pr. de b. p. sec. tab.* Porro etiam heredibus nuncupativo testamento institutis dat praetor hanc bonorum possessionem, *l.* 8. §. *ult. d. t. l. ult. C. eod.* quanquam alioqui necessum est, tabulas extare tempore mortis testatoris, *l.* 1. §. 3. *eod.* Ab intestato bonorum possessiones olim erant hae, Prima *unde liberi*, quae necessaria emancipatis, ad suos tamen producta fuit, ob eandem, quam modo dedimus, rationem. *pr. h. t.* II. *Unde legitimi*, per quam vocabantur omnes, qui ab intestato poterant esse heredes, sive ex lege tabularum sive alia lege Senatusve consulto. *l.* 2. §. *ult. De unde Legit.* III. *Unde decem personae*, quae pro illis erat, qui praeferebantur patri fiduciario, sive imaginario, cui naturalis Pater, sine pacto fiduciae, filium mancipaverat; decem istae enumerantur in §. 1. *h. t.* IV. *Unde cognati*, quae est ex mera Praetoris indulgentia, utpote qua invitat eos, qui jure civili non admittuntur, per feminas scilicet juncto. *l.* 1. *pr. unde cogn.* V. *Tanquam ex familia*, quae est pro agnatis patroni. VI. *Pro Patronis.* VII. *Unde vir et uxor*, per quam in subsidium, deficientibus aliis, conjuges vocantur. VIII. *Pro cognatis manumissoris*, sive imaginarii emptoris illius.

§. 1. *h. t.* Verum ea his octo Justinianus tertiam, qointam, sextam, octavam sustulit, §. 2. *h. t.* quatuor intactas reliquit, easqne neo plures curavit in Pandectas referri, scilicet *undo liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati.* *undo vir et uxor.* Quando defunctus diversorum ordinum conjunctos reliquit, primum jus peteodi bonorum possessionem datur liberis; tum agnatis; inde cognatis; postremo conjugibus. Si quis liberorum iotra annum non petat, portio non petentis accrescit roliquis ejusdem gradus; si nullus eorum, ad agnatos transit petitio, inter quos simile jus accrescendi obtinet; ab his ad cognatos; denique ad virum val uxorem; sed tempus intra quod reliqui praeter liberos ot pareutes potore debent bonorum possessionem, est dumtaxat centum dierum, §. 4. *et* 5. *eod. tit. l.* 1. *de success. Ed.* §. 12. *et ult.* dies autem et annum petitioni praescriptos utiles computamus. §. *pon. h. t.*

(Tit. XI. *De success. per adrogat.*)

Secundum haec sciendum est, arrogatorem succedere filio arrogato, si modo nullos ipse liberos aut fratres reliquisset, §. *penult. do succ. per arrogat.* idque vi et efficacia legis; si quidem proprie et juro stricto arrogator non fit heres, neo qua talis a creditoribus conveniri potest, sed tamen defendere filii causam tooetur, aut pati, ut croditores in possessionem mittantur. §. *ult. cod.* In bonis filii superstitis Arrogator hodie habot usumfructum, ut Patres naturales, cum olim integram proprietatem habuerit. §. *pon. h.*

(Tit. XII. *De eo cui libert. e. bona addic.*)

Fuit quoque species successionis universalis, bonorum addictio libertatum conservandarum causa, quando nimirum Testator non solvendo existens aliquot servos tam directe quam per fideicommissum manumisit, tum servis, aut uni ea illis vol etiam tertio bona addicuntur, si modo idoneam cautionem praestiterit creditoribus, de solido, quod cuique debetur, solvendo. *pr.* et §. 1. *de eo cui libert. c. bona addic.* Respice tamen ad §. 1. *et* 2. *Quib. ex caus. manum. non licet. Supra.*

(Tit. XIII. *De bonor. poss. subl.*)

Postremo loco duae memorantur species universalis successionis, prima bonorum venditio, quam Veteres sectionem vocabant; Si quis enim debitor solvendo non essot, ejus bona ea edictu possidebantur. Tum Magister a Praetore creabatur, per quem distrahebantur, emptorique universa addicabantur; qui tum quasi successor in universum jus dobitoris, aut in solidum Creditoribus satisfaciebat, aut pro certa parte cum illis transigebat, ut latius apud Theophilum *ad tit. I. de success. subl.* et apud Ciceronem *pro Quint. alibi.* Altera erat ex Scto Claudiano, cujus et Tacitus meminit XII. *Annal. cap.* 53. per quod mulier, quae servili stupro se foedaverat, nec ejus consuetudine abstinere voluorat, licet ei ter a Domino id esset deounciatum, post primam denunciationem domino in servitutem cum universo patrimonio addicebatur, *d. t.* ibique Theophilus. Sed hi tres modi successionis univessalis a Justiniano sublati in usu esse desierunt, teste Imperatore in *fine tit. praedicti.* (2)

(2) *Qui de hac historia plura nosse desiderat*, consulat Schultingium *in Jurisprud. ante-Justinian.* P. P. 131. et seqq. 406. et seqq. et 664. et seqq. *item Hein. in Antiq. Rom. ad* 13. *prior.* tit. lib. 3.

DE SUCCESSIONE AB INTESTATO, SECUNDUM NOV. 118.

I. Fundamentum Successionis ab intest. II. Successio liberorum primi gradus. III. Item ulterioris. IV. De liberis diversorum matrimoniorum. V. De liberis extra justas nuptias Legitimis. VI. De illegitimis extra nuptias. VII. De liberis nefariis. VIII. De successione adscendentium solorum. IX. De successione eorumdem una cum fratribus et sororibus. X. An et cum fratrum liberis. XI. De successione collateralium, et primo de fratribus germanis eorumque liberis. XII. De fratribus uno latere conjunctis. XIII. De liberis Fratrum solis. XIV. De Fratrum liberis et defuncti thiis. XV. De remotioribus cognatis. XVI. Conjugum successio ex Edicto. XVII. Eorumdem extraordinaria successio. XVIII. De successione hodierna ex pactis dotalibus, et de unione prolium, obiter. XIX. Quomodo et Collegia quoedam succedant. XX. Denique Fiscus XXI. De conflictu Juris in diversis locis.

(a) Argumenta praecedentium capitulorum Historiae titulo demonstravimus, quia vix alium nobis usum praebent; Justinianus enim, quod ad successiones Legitimas attinet, in celebri constitutione *νεαρᾷ* CXVIII. ordinem plane novum clara compendiosaque divisione, sicut loquitur, composuit, cunctis legibus antiquis his de rebus evacuatis. Nos uti accepimus a praeceptoribus, ita nos quoque praecepimus, Tredecim priores titulos hujus libri in prima institutione praetervehi; quia tantum sunt Historia juris antiqui, non equidem spernenda studioso, sed commodius in Pandectis, ubi denuo occurrent hi tituli, enarranda. Bonum factum, si primo tyrones condant in memoria, quomodo Justinianus successiones ab intestato constituerit; quoniam is per *Nov.* 118. omnes leges antiquas hac de re sustulit, ac, ut ipse loquitur, *otium illis fecit τῶν προτέρων νόμων ἀργεῖτων d. N. in. pr.*

Lex Romana cuique patrifam. dedit liberam potestatem de rebus suis pro lubitu disponendi, *l.* 120. *de V. S.* cessante Testamento, hereditas defertur ex ejusdem voluntate praesumpta, *l.* 8. §. 1. *de jur. codic.* proinde quamdiu successio testamentaria speratur, legitima non habet locum. *l.* 39. *de Adquir. vel omitt. hered.* Novissime igitur tres summi ordines, *τάξεις* vocat Imperator, succedentium ab intestato sunt dispositi: Descendentium, Adscendentium et Collateralium. Primus ordo est descendentium, hoc est liberorum primi et ulterioris gradus quos vota parentum, nec minus ratio et necessitas naturalis omnibus reliquis praeferunt. Vota defunctorum merito heic attenduntur, de quibus etsi nihil expresse liqueat, semper tamen erga liberos flagrantissima praesumuntur, et secundum hos erga parentes, dein prout sanguine quilibet, ita caritate proximus solet esse et intelligitur. Enimvero quia jus Romanum voluntati morientium tribuit absolutam successionis ordinandae potestatem; idcirco etiam ab intestato fundamentum succedendi est praesumptio legis de voluntate eorumdem. (2) Quia autem illa *στοργὴ* non minus erga feminas quam mares, omnesque liberos, ex aequo fertur, ideo differentia vetus inter sexum virilem et aequiorem, inter suos et emancipatos, (etsi aliter quoad hos in testamentaria successione) hodie sublata est. *d. Nov.* 118. *c.* 1. *in pr. c.* 4. *et cap.* 5.

2. (b) Igitur in primo ordine distinguendi sunt liberi, quod vel ex justis sint nuptiis aut extra illas nati. Illi vel ex eodem aut diversis sunt matrimoniis. Qui ex eodem, hi vel primi gradus vel ulterioris sunt. Liberi primi gradus parentibus suis, exclusis nepotibus ex sese natis, succedunt, licet ipsi emancipati, nepotesque in potestate fuerint retenti, cum olim hi venirent jure civili, parentes jure praetorio, ideoque conjungi deberent, *tit. ff. de conjung. cum emanc. lib. ej.* quo nunc remedio nihil est opus. Nulla filiorum prae filiabus, nulla primogenitorum prae caeteris praerogativa, neque hac parte juri gentium puta derogatum; quanquam et primogenituram ex jure gentium habere privilegium concedimus, multarumque gentium institutum de masculis liberis supra feminas honorandis ratione non destitui fatemur: sed fortior magisque universalis est ratio a *στοργῇ*, affectuque parentum communi adversus omnes, et obligatione naturae ad alimenta cunctis pariter suppeditanda. Primogenitorum et marium praerogativa, inprimis est probabilis, ubi honos familiae, aut ratio major, divisionem vel sexus infirmitatem non admittit, quod in feudis quandoque, in majoratibus, qui dicuntur, et imperiis maxime obtineat, in ordinariis privatorum successionibus

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. (b) *Pos.* 5. 6. 7. 8. 11.

(1) *Hanc rationem tantum juri per Nov.* 118. *introducta et non juri veteri convenire, jam observatum est ex Bynck.* obs. lib. 2. Cap. 1. *quo et Auctor hic inclinare videtur.*

rationes juris Romani validiores videntur. Primogenitura potius ad jus publicum pertineat. Sui quoque et emancipati liberi in *d. cap.* 1. sunt adaequati, sane quod ad causam et jus deferendi, non item quod ad adquirendam hereditatem; vid. *ad* §. *ult. supr. de hered qual.* hac enim parte nihil ista Novella mutatum. Et hoc de liberis primi gradus; quos proinde hereditatem dividere in capita, id est, singulos aequales sive viriles oancisci portiones ultro intelligitur at est in *d. c.* 1.

3. (c) Qui sunt remotiores gradu, nepotes et pronepotes, hi succedunt in stirpes per repraesentationem, seu subitionem in locum: quae est, quando plures liberi occupant locum unius parentis capiuntque tantum ac ille solus fuisset habiturus. Quod Justinianus generaliter obtinere sancit, *quotiescumque descendentem aliquem filios relinquentem mori contigerit*; proinde non tantum, ubi cum primo gradu secundi, cum filiis nepotes, sed et cum soli nepotes concurrunt. Subitio illa in locum videtur olim fuisse propria suorum heredum, quos morte patrum scimus avis suos heredes solitos fuisse adnasci: Nec ab intestato descendentes aliter quam jure suitatis admittebantur, ut in historia modo expositum. Atqui cum hodie non ut sui, sed ut liberi omnes aequaliter e lege vocentur, repraesentatio, quae commentum juris civilis erat, ut ipsa suitas, cessare videbatur, utique in eo casu, quo nulla est graduum inaequalitas, quo, jure antiquo valebat aeque repraesentatio. §. 6. *in fin. I. de heredit. quae ab intest.* ubi, *Item,* ait Imperator, *si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat ad tres vel quatuor altera dimidia.* At postquam Justinianus *d. Nov.* 118. naturalem potius quam civilem rationem attendi voluit, debebant hi nepotes, utpote suo jure ex sua quisque persona venientes, in capita succedere, verba sunt Sutholtii *dissert. XI. th.* 51. sed Justinianus non satis acute semper vidit, quid consequens esset, sublata juris antiqui subtilitate, ita scribit Balduinus *ad d. Nov.* 118. quin nec contrarius sibi Caesar ipse non videatur, eo quod in successione collateralium ita constituit, ut cum liberi diversorum fratrum inveniuntur soli, vocentur in capita, sine respectu numeri majoris aut minoris, ex hoc aut illo fratre notorum. (2) Sed haec argumentatio adversus conditorem juris excedit officii interpretum limites. Neque pro Justiniano, quae faciat, ratio, deesse videtur. Nempe στοργὴν et memoriam liberorum, qui totidem partes domus constituerunt, eos quasi vivos adhuc parentibus in singulorum liberis exhibere, partesque easdem domus explere, et aequalitatem ex liberorum mortuorum potius, quam nepotum viventium personis, consideratam voluit. Cujus disparitatis argumentum in Collationis doctrina habemus: nam quod ad liberos a parentum bonis antea profectum est, id eorum nepotes conferre debent: Quod autem fratrum liberi e patruorum aut avunculorum, quibus succedunt, bonis perceperunt, id nec illi, neque nepotes ullo modo conferunt; quando satis constat, id solis descendentibus locum habere collationem, eo quod in collateralibus minor est ratio στοργῆς aequabilis et immutabilis, qua collatio nititur, quam est Parentum adversus liberos consideratio.

4. (d) Atque eo modo liberi suis parentibus succedunt, quod facile ad eos, qui ex diversis matrimoniis nati sunt, transferri potest. Communi enim parenti succedunt liberi aequaliter, * propriis vero separatim, nisi quod exceptio proferri solet, in his bonis, quae ex priore matrimonio ad parentem communem profecta fuerant, quia secundum *l.* 3 *C. de secundis nuptiis*, liberi prioris matrimonii in hisce praeferuntur et soli ab intestato ita succedunt, ut testamenti quoque factio parenti binubo interdicatur, non tantum in iis, quae immediate a priore conjuge acceperunt, sed etiam in his, quae ex successione quorundam ex liberis primi tori ad eos pervenerunt: et recte quidem hujus rei admonitio fit hoc loco, quanquam ex alio venit principio, quam successionis ab intestato, videlicet ex jure consolidationis, quo ususfructus finitus cum proprietate conjungitur, ut intelleximus *supra de Usufructu sub finem.* Nam liberi statim a secundis nuptiis proprietatem rerum illarum adepti sunt et pater retinuit usumfructum: qui morte ejus ad liberos, tanquam dominos olim factos, revertitur.

5. (e) Hactenus de liberis ex justo matrimonio natis. Extra justas nuptias procreati sunt vel legitimi aut illegitimi. Legitimi sunt adoptivi et legitimati. Adoptivi, etiam qui ab extraneo adoptati sunt, optimo jure succedunt. §. 14. *Instit. de success. quae ab int.* §. 2. *de adoption.* Naturales, siquidem legitimati

(c) *Pos.* 9. 10. (d) *Pos.* 12. 13. (e) *Pos.* 14. 15. 16.

(1) *Ita quidem vul: auctor, sed haec quaestio, an filii fratrum, si soli sint, in capita an in stirpes succedant, occurrit ad* n. 13. h. t.

* Ita tamen, ut nuptialia dona et dotalia, liberi illius matrimonii, intuitu cujus quaesita sunt, habeant praecipua, *N.* 98. c. 1. Hoc autem praecipuum in Saxonia non attenditur, Carpz. *P.* 3. *C.* 14. *d.* 6.

sint per subsequeos matrimonium, perinde succedunt, ac si ab initio legitime nati fuissent, §. 2. *Instit. de heredit quae ab intest*: etsi matrimonium in articulo mortis fuerit contractum; neque enim id ulla juris civilis ratio prohibet, et jus Pontificium diserte affirmat *cap. tanta X. qui fil. legit. sint.* De legitimatis per rescriptum principis, dici solet, eos ita demum succedere, si nulli antea legitime nati fuerint. ex *Nov.* 89. *cap.* 9. In qua tamen successionem ab intestato ita limitari non reperio: sed ipsa legitimatio per rescriptum eo demum casu concedi dicitur, quando nullos habet liberos legitime natos. Quod si princeps hodie, nam Romani Principes id non constituerunt, ex plenitudine potestatis, quae dicitur, filium aliquem legitimet, existentibus antea legitime natis, sanctio illius *Nov.* 89. non impediet, quominus illo jus succedendi ab intestato obtineat; quemadmodum nec legitimati per rescriptum excludentur a successione per alios postmodum e legitimo conjugio natos; si quidem nec pater deinceps uxorem ducere vetatur justam, neque legitimatis filiis ex eo quod postes contingit jus suum, quo semel legitime natis per omnia adaequati sunt, auferri potest. Unde patet, restrictionem illam, non ad successionem ab intestato, quae liberis pridem legitimatis debebatur, sed ad actum legitimationis faciendum referri, debere, et ita per consequentiam in successione durare.

6. (f) Liberi illegitimi sunt nothi, spurii, adulterini, incestuosi. Nothi dicuntur naturales non legitimati, qui ex concubina suscepti sunt, de quibus traditur, quod matri et adscendentibus maternis pariter cum justis liberis succedant, *l.* 2. *et* 8. *Unde cognati.* Patri non aliter quam deficientibus liberis legitimis ex uxore legitima, dumtaxat pro parte, nimirum pro duabus unciis cum matre secundum capita dividendis: existentibus liberis aut conjuge, tantum alendi sunt boni viri arbitratu *D. Nov.* 89. c. 12. §. 4. *et ult.* Requiritur autem, ut unam habuerit pater non plures concubinas, *d.* §. 4. *et seq.* ut domestica sit et quasi focaria, quae indubitato affectu non vagae libidinis causa habeatur, atque ut liberi in domo sint nati. *d.* §. 4. Ex quibus satis liquet, liberos, qui venere furtiva ex muliere, cum qua non sit stabilis et domestica consuetudo, nascuntur, non intelligi naturales. sed pro spuriis haberi; quod aliter moribus hodiernis esse comparatum diximus *ad tit. de Nupt.* §. *ult.* Ideoque successio in sextantem jure civili de concubinariis prodita indubitato extenditur ad eos hodie, qui certo Patre, non tamen e concubina, quae instar uxoris habetur, sunt nati. Spurii respectu matris nulli sunt, Pater enim potest esse incertus, mater non potest; ideoque matri etiam exemplo naturalium succedunt. §. *pen. I. de Sc. Orphit.* Quod hodie exceptionem patitur in matre illustri, quae liberos habet legitimos unum aut plures, *l.* 5. *C. ad Sct. Orphit.* quam alii ad quaslibet ingenuas extendunt * Verum sanctio concepta est in principio et in medio de *illustribus.* Ratio quidem redditur haec: *cum in mulieribus ingenuis et illustribus nominari spurios, satis injuriosum etc.* sed non est boni moris, ex ratione legis concludere plus quam constitutio dictet; tum et confertim *ingenuis et illustribus* dicitur, ut sciamus, Caesarem non de quibusvis ingenuis, sed his, quae insuper illustres forent, loqui: prater quod jus vetus diserte non sublatum stare credendum est.

7. (g) postremo, qui ex damnato coitu sunt nati, ut nefarii, adulterini, plane a legibus projiciuntur, nec ullam particulam hereditatis ab intestato nec quidem testamentariae attingunt; imo ne alimentis quidem usuraquae vitae digni habentur. Tam rigida et sanguinolenta constitutio extat adversus miseros illos, vel potius contra parentes ipsos, ut Justinianus vult videri in *Nov.* 74. *cap. VI. Sed sit*, inquit, *supplicium hoc etiam patrum, ut agnoscant, quia neque quicquam peccatricis concupiscentia eorum habebunt filii.* Item in *Nov.* 89. *cap. ult. in pr. Omnis qui ex complexibus aut nefariis aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatus, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium.* Inter hos sine dubio sunt adulterini et incestuosi. Quid de his, qui nati sunt e nuptiis contra alia legum praecepta contractis, veluti parentibus invitis? Nuptiae non sunt hae, nec hi liberi naturales et complexus sunt damnati; atque e contextu Novellae hujus colligitur, Imperatorem eos omnes, qui naturales dici nequeunt (seu Patris seu dumtaxat matris respectu, ut spurii vulgares) sub illa tristi clausula complecti. Jam quod ab hereditate illi omnes excludantur, id recte habet; neque hoc pro poena liberis inflicta haberi potest, ut alias dictum; verum quod neque alendi sint tales, id φιλανθρωπίαν juris Romani egreditur. Ergone fame necandi et abjiciendi, ut nec misericordiae causa fas sit eos ali? Nefas id

(f) *Pos.* 17. 18. 19. 20. (g) *Pos.* 21.

* Conf. Christinaeus *Dec. Cur. Belg. Vol.* 4. *Dec* 64. *n.* 4.

quidem. Litera tamen hujus textus ita indicat, idque mutatum creditur a Pontificibus in *cap. cum haberent. ex. qui dux. ux. quam poll.* Cuperem mollius excipi sententiam Justiniani; neque enim consentaneum videtur ita obiter rem adeo atrocem sanoire et crudele supplicium contra insontes parvulos decernere eum qui dixerat, patrum se intendere poenam dumtaxat, eum Principem, qui ubique mansuetudinis et clementiae affectat laudem! Cogita, uti saepe est immodicus verborum, an non hoc tantum velle videatur, ut a successione omni excludantur, in quo totus et per totam istam Novellam, dicit, *non esse illus naturales*, *non esse illis de alimentis prospiciendum*, *ut beneficio legis praesentis*, *quae de successionibus est*, *fruantur*. Hereditas naturaliter liberis debetur, quia suot alendi; quibus non debetur, hi tales sunt, ut nec alimentis digni habeantur, quod alias, non semel a nobis dictum est. Igitur qui de successione liberorum legislator agens increpat aliquos ut non dignos alimentis, eosque a lege sua removet, nihil in hos aliud quam mulctam successionis statuere videtur. Quare autem in hunc sensum verba Iustiniani profluere non videantur, tantum causae non video, ut potius Busirin aut Saturnum ex Caesare nostro faciamus. Paulo aliter alibi disseruimus, cujus summa est; si maxime lex nefarie natis alimenta non dignetur impertiri, quae tanquam legis beneficium petant, quemadmodum naturales, legitimis extantibus liberis, honorantur, ut intellex mus; tamen officium Judicis, quo tales liberi a parentibus alantur minime defuturum; a parentibus, inquam, non ipsis mortuis, ex eorum bonis: Atque ita haec ratio cum priori bene eoojungitur. De qua sic D. Thomasius.

S c h o l i u m.

Notae sunt distinctiones Doctorum consuetae, *quarum ope Justiniani sententiam emollire student: potissimas rejecimus ad Strauch.* XI. 2t. th. 127. *Autoris explicatio* in praelect. d. l. et in Auspic. domes'. orat. 8. p. 255. seqq. *uti Stylo Justiniani seu potius Triboniani omnium optime convenit*, *ita egregie persuadet*, *cum quod illi opponi queat nihil restet amplius.*

DE SUCCESSIONE ADSCENDENTIUM.

8. (h) De successionibus publicis regnorum atque feudorum non est privati juris interpretis agere. Sequitur ergo secundus ordo succedentium ab intestato, qui est ADSCENDENTIUM, *d. Nov.* 118. *c.* 2. quibus in defectu liberorum credit Lex defunctos maxime bona relicta voluisse. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum et naturalem erga filios charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus quam liberis pie relinqui debet, ait Papinianus in *l.* 15. *pr. D. inoff. testam.* Adscendentes suot vel soli vel non cum illis defunctorum fratres aut sorores germani germanaeve, mortuorumque liberi. Quando soli sunt, habemus regulam tralatitiam, quod proximi remotiores excludant, sine discrimine, materni an paterni sint, in potestate habuerint defunctos an non. Pater igitur et mater, singuli ex hereditate semissem capiunt. Si pater materve non supersint, avi, et aviae, secundum hos proavi et proaviae, ac ita deinceps admittuntur. Hi autem neque secundum capita nec repraesentatione bona partiuntur; nullae enim heic stirpes sunt, quae faciant repraesentationem; Quomodo igitur? Secundum lineas; Paterni ferunt unum semissem, materni alterum, bonorum videlicet quae defunctus reliquit, sine ulla distinctione, unde bona venerint: Paterni adscendentes, licet defuncto nihil contulerint, omnesque sint inopes, medietatem justam totius substantiae quam defunctus reliquit accipiunt, *d. cap.* 2. *vers. si autem.* dictum enim est antea, fundamentum successionis legitimae, jure Romano, non esse aliud, quam praesumptionem de affectu defuncti; qui credendus est, non minus bene cupivisse adscendentibus tenui fortuna, quam ampliore positis. De adscendentibus ex justis nuptiis tantum loquimur: quod ad reliquos attinet; de his pro repetitis habenda sunt quae modo collocavimus, quippe eodem modo tenendum est parentes succedere ejusmodi liberis, quo liberi ipsis: Nempe legitimatis, adoptivis (exceptis arrogatis impuberibus §. 3. *I. de adopt.*) succedunt parentes: Nothis et spuriis matres, non aeque Patres; his enim prorsus non, illis in sextantem, conjuge non relicta; nam de liberis monere supervacuum est: Adulterinis et incestuosis prolibus suo quidem magno merito non succedunt nefarii genitores.

9. (i) Quando defunctus juxta Parentes reliquit fratres sororesque iisdem Parentibus genitos, justissima ratio existimandi est, quod eos, qui ex una secum substantia parentum sunt, cum his conjungere voluerit, ut natura eos conjunxisse videtur. Adeoque fratres et sorores germani eadem cum patre et matre complexione involvuntur, iisque adaequati sunt. Unde multi colligunt, adscendentes ulteriores, avum scilicet aviamque, a fratre atque sorore

(h) *Pos.* 22. *et seq.* (i) *Pos.* 27. *et* 29.

germanis excludi; * sed haec Jacobi Belvisii sententiam, licet eam Chassanaeus sit secutus, pridem aegros tulisse calculos affirmat Faehnaeus, *l.* 6 *contr.* 7. Eamdem tamen ut juris indubitati tradunt alii, etiam D. Schotanus exam. *ad tit. ff. de suis et legit. hered.* argumento *cap.* 3. *Nov.* 118. sine dubio ex *princ.* ubi post adscendentes primo vocat Imperator ad hereditatem, *fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam*, addit, *cum patribus ad hereditatem vocavimus*; cui accedit ratio illa superior; quemadmodum avus a Patre excluditur, sic et ab eo arcetur, qui Patri aequalis est, nimirum fratre germano. Ad textum respondeo, non esse faciendum ut sententias juris ex iis locis probemus, in quibus obiter tantum id, de quo quaerimus, tractatur, maxime si ab aliis ubi hoc ex professo agitur, discrepent. Dicitur heic, quod fratres germanos Caesar cum Patribus vocaverit, quod est verum; etiam est verum, quod junctos cum patribus avis anteposuit. Sed idea non est verum, quod, Patre nullo existente, avus etiam excludatur. Verba sanctionis sunt in *d. cap.* 2. *vers. si vero. Si vero*, inquit, *cum adscendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu adscendentibus vocabuntur.* μετὰ τῶν ἐγγυτέρων τῷ βαθμῷ. Proximi autem sunt quos nulli praecedunt. *l.* 92. *d. V. S.* Nec ratio fert, ut secundus collateralis adscendentem secundum excludat, cum adscendens ordo potior illo habeatur. Ad argumentum dic, non raro contingere, ut quis per alium consequatur, quod solus non habet; Exempla vide in *l.* 10. §. *ult. de bon. poss. c. tab. et l.* 1. §. *ult. si tab. test. null. ext.* et in hac ipsa specie *Nov.* 127. c. 1. fratrum defunctorum liberi suis filiis juncti cum adscendentibus admittuntur, qui soli existentes penitus excluderentur. Igitur fratres patribus juncti praeferuntur his, quos patres excludunt. Quando pater et mater desunt, ipsi excludere nequeunt eos, qui modo a solis patribus arcebantur, non ab ipsis nisi per Patres. Plane autem requiritur, ut fratres aut sorores utrimque sint conjuncti, ut diserte sit textus; Evidentur enim major adversus germanos, quam erga utericos et consanguineos esse solet affectus. Ideo Pater excludit quoque fratrem per semet defuncto duntaxat junctum, et mater suo filio succedens arcet proprium quoque filium, quem ex alia patre, quam quo defunctus est natus, habebat, ut judicatum Sandius refert *l.* 4. *tit.* 9. *defin.* 4. Ratio est, quia non consideratur necessitudo inter eos qui succedunt, sed inter eum, qui succedit et cui succeditur, hujusque praesumpta voluntas. Hinc etiam non attenditur, unde bona defuncti venerint, sed pater excludit fratrem uterinum, etiam a bonis defuncti maternis, ut nudius tertius quam haec scribo consultus respondi; neque enim Lex est ulla, quae distinguat.

10. (k) Fratrum defunctorum liberos, utrinque nempe junctorum, una cum fratribus et adscendentibus admitti, dicere occupavimus ex *Nov.* 127. c. 1. quae posterior quinquennio hac, in qua versamur, eatenus ei derogat; Nempe jure repraesentationis, tantundem ut accipiant, quantum Parens eorum, si viveret, habiturus fuisset, idque per patruos suos obtinent; soli enim cum sunt liberi, per adscendentes excluduntur, ut ex *d. cap.* , satis perspicue colligitur, etsi Forsterus *lib.* 7. *de success. cap.* 2. et 3. per otium disputet, in stirpes an in capita nepotes soli existentes veniant, nec alii pauci contrarium sentiant, quos Curia nostra secuta est apud Sandium *lib.* 5. *tit.* 8. *definit.* 5. Soli per se non possunt admitti, quia gradu remotiores sunt, et in ordine tali, qui postponitur adscendentibus; repraesentatio illis prodesse deberet; haec autem manifesto cessat, ubi thios non habent. *d. N.* 118. c. 3. *in pr.* (3) Ipsi fratres cum adscendentibus in capita succedunt, ac ita quidem, ut portiones suas pleno jure consequantur, nec ususfructus earum ad Patrem pertineat, quanquam filius defunctus in potestate ejus fuerit, adeoque vivo ipso, Pater ususfructum habuerit, ut diserte scriptum *sub finem d. cap.* 2. in verbis: *sive suae potestatis, sive sub potestate fuerit is cui succedunt.* Unde apparet, evenire posse, ut patris conditio per successionem filii sui multo fiat deterior; nam si ponas defunctum sex reliquisse fratres et sorores, parentes duos; Pater eo mortuo, octavam

(k) *Pos.* 28.

(3) *Supposito scilicet quod possint concurrere cum adscendentibus. An autem cesset quando soli succedunt, alia est quaestio.*

* Jus Sax. autem solos Adscendentes hoc casu ad successionem vocat, quos quocunque in gradu constitutos omnibus a latere venientibus praefert, *L. R. L.* 1. *art.* 17. Carpzov. *p.* 3. *C.* 13. *d.* 5. § 5. 18. *p.* 3. *C.* 1. *d.* 6. 9. Struvius *Jurispr. For. L.* 2. *tit.* 10. § 13. Coler. *p.* 1. *decis.* 47. *n.* 3. ita quidem ut pater et mater aequaliter succedant, salvo nihilominus patri eo, quem in bonis filii habet, usufructu ad dies vitae. *V. P.* 2. *C. El.* 17.

dumtaxit plenae proprietatis habebit partem, qui modo omnium bonorum gaudebat usufruetu, qui hic longe pluris erat estimandus. (4)

DE SUCCESSIONE COLLATERALIUM

11. (l) Sequitur tertius ordo, eorum, qui a latere conjuncti sunt; inter quos successio dijudicatur regula communi; Qui prior gradu, is potior est jure: nisi quatenus illa regula paucis admonitionibus limitatur. Primi igitur omnium veniunt fratres defuneti διπλευροι, *ab utroque latere conjuncti*, exclusis uterinis et consanguineis, quanquam hi germanis olim aequabantur. *d. Nov.* 118. *c.* 3. *pr.* Sed affectus defunctorum merito flagrantior in διπλευρους, quam quibus vitrici aut novercae nomen intercedit, praesumitur. Eadem tamen praesumpta defuneti voluntas dictat, uti mortuorum fratrum aut sororum liberi loca parentum impleant, ut tamen ista teneritudo ad sequentes gradus non extendatur. *d. pr.* Fratrum igitur liberi cum patruis amitisque succedunt in stirpes per repraesentationem, * qua tunc demum gaudent, quando cum propriis thiis, hoc est aliquo fratrum vel sororum defuneti concurrunt: subitio enim in locum non aliter est necessaria, quam si gradus propinquior ad defunctum existat, qui remotiorem excluderet, nisi repraesentatio illum admoveret. Nec tantum frater defuneti germanus, sed et uterinus et consanguineus faciunt germanorum liberos habiles repraesentationi, et quidem contra se ipsos. Postea enim quam hoc effecerunt, ut liberi in locum parentum subeant, aeque a liberis excluduntur, quam a parentibus exclusi fuissent: quanquam citra repraesentationem, cujus ipsi causa sunt, liberos fratrum praecedere potuissent. (5)

12. (m) Quando nulli extant fratres germani aut liberi germanorum, sed fratres uno vinculo conjuncti, per patrem alii, quidam per matrem; consanguinci, inquam, cum uterinis, hi pariter succedunt, secundum regulam tota hac *Nov.* fundamentalem; inter cognatos lineae paternae atque maternae nihil esse differentiae. *In secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno Parente conjuncti sunt defuncto, sive per Patrem solum sive per matrem*, verba sunt Imperatoris in *d. cap.* 3. *in pr.* Tota hac constitutione, qui pariter succedunt, in universam hereditatem bonaque a defuncto relicta indistincte succedunt. Distinctio bonorum, unde profecta sunt, aliena est a ratione juris Romani, quod pro fundamento habere praesumptum defuneti affectum, ejusque causam et normam, sanguinis esse necessitudinem, non semel diximus. Respectus aequitatis extrinsecus, ut quaeque bona illuc, unde venerunt, revertantur, praxi quidem aliarum gentium approbatur, sed a jure nostro inprimis a Justiniani consideratione in hoc novissimo statuto abhorret. Adversam igitur et inimicam juri sententiam putamus, quod bona Paterna consanguineis, materna uterinis debeantur. ** Justinianus horum fratrum successionem aeque generalibus ordinat verbis, atque supra paternorum maternorumque adscendentium. In quibus cum sententia Interpretum

(l) *Pos.* 30. (m) *Pos.* 31. *et seqq.*

(4) *Sed haec sententia, quod pater amittat usumfr. jam ante sibi adquisitam, juris rationi minus convenit, neque probari potest ex* Nov. 118. cap. 3., *non enim Imperator adimit patri usumfr. adquisitam, sed tantum vult ne illum* vindicare valeat ex filiorum aut filiarum portione. *Jam quid impedit haec explicare de ususfr. quem is cui succeditur non adquisiverat patri? Nec verba* sub finem d. cap. 2. sive suae potestatis, siva sub potestate fuerit is cui succedunt, *contrariam probant: si enim fuerit suae potestatis, manifestum est quod ususfructus patri non fuerit adquisitus. Si sub potestate fuerit; potuit habere bona in quibus patri non fuit adquisitus ususfr., quem vindicare non poterit ex filiorum aut filiarum succedentium portione.*

(5) *Cum subitio in locum filiis fratrum concessa fuerit*, ut quanticumque fuerint, tantum ex hereditate percipiant portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset, *consequens est, non tantum repraesentatione gaudeant quando cum propriis concurrunt thiis, sed etiam quando soli sunt.*

* Hoc Jus repraesentationis in linea collaterali, cessat in Saxonia Communi et Electorali, arg. *L. R.* 1. l. art. 3. *L. R.* l. 1. *art.* 17. Zobel *p.* 3. *diff.* 17. *n.* 7. *P.* 3. *C. El.* 18. §. *Wir wollen aber* j. *P.* 3. *C. El.* 29. Unde cum in Recessu Imper. Wormatiensi *d. ann.* 1521. §. 19. jus repraesentationis confirmaretur, Elector Sax. contra istam constitutionem protestatus est dicto *Rec.* §. 40. verbo: *Doch.* Coler. *p.* 1. *dec.* 48. Berlich. *p.* 3. *Concl.* 24. *n.* 17. Unde frustra Mynsingerus veretur, ne causa ad Cameram delata, sententia reformetur, *resp.* 36. *n.* 6. ap. Carpz. *p.* 3. *C.* 18. *d.* 2. *n.* 7. cum nec facile ex Saxonia ad Cameram causa transferri queat, et Assessores Camerae juxta consuetudines et jura cujusque loci pronunciare teneantur. Interim non modo Archiepiscopus Magdeb. Albertus, in Archiepiscopato suo Jus Commune Imperii recepit. v. Berlich. et Coler. *ll. cc.* idemque in Numburgensi Episcopatu obtinet, Richter. *dec.* 4. *n.* 37. *seqq.* sed etiam ipse Elector Saxoniae in feudis Juri repraesentationis locum esse voluit, v. *P.* 3. *C. El.* 29. ibique Moller *n.* 2. et Carpz. *def.* 1.

** Nec apud nos inter bona Paterna et Materna distinguitur, sed fratres consanguinei ac uterini in utraque aequali jure succedunt, *P.* 3. *C. El* 14 ubi vid Carpz *def.* 4. Caeterum in hac Constitutione contraria sententia dicitur Juri Communi convenire, quam etiam defendit Carpz. *d. l. def.* 1.

praevalest, partitionem bonorum debere esse promiscuam, quid causae quest esse, ut verba Justiniani hoc loco secus quam superiori accipienda putent, non percipio; Nisi quod *Lex* 13. §. *ult. C. de legit. hered.* contrariae opinioni praetextum dederit. Atqui Justinianus in *princ. hujus Nov.* 118. diserte vetustas leges de successionibus ab iotestato abrogat, *eaque sola, quae nunc constituit, vult observari*, nominatim ea sese aboliturum spondet, *per quae differentia inter cognatos ex masculis et feminis introducta fuerat*: qualis manifesto fuit etiam haec inter fratres uterinos et consanguineos distinctio.

S c h o l i u m.

Consentit Autori Strauch. XI. 27. *ubi in notis* p. 13*. seqq. *placuit contraria sententia, quam nunc mulo, inductus rationibus heic loci allatis.*

Contraria tamen, quia communis est Dd. sententia, fori praxin fere shripsit, eamque Curia nostra secuta est apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 1. posteaque rursus, quod recordor.

13. Quando defunctus nullos reliquit fratres, utroque vel alterutro Parente ortos, tunc ad filios fratrum successio devolvitur, et quidem secundum capita sive numerum personarum, quia repraesentatio non habet locum, nisi cum propriis thiis concurrant; ut aperte docet Justinianus in *d. cap.* 3. *p. et* ¥. *sed et ipsis.* Est autem vox graeca, *thii*, Θεῖοι, quam retinemus, quia compendio significat patruos, avunculos, amitas, materteras. Ex eadem ratione aliqui concludunt, quod nec intersit, utrum filii fratrum sint germanorum, an *μονοπλεύρων* a patre tantum, quia cum subitio in locum parentum cesset, nihil superesse videtur, nisi ut distantiam gradnum spectemus, quam in omnibus eamdem esse compertum est. Sed nimis enorme et absonum foret, eos, qui patres altero gradu propinquos excludunt, non idem juris habere contra filios tertio gradu a defuncto distantes. Decet nos ita jus interpretari, ne legislatorem aperte absurda voluisse statuamus. Cum quaeritur, an filii uterinorum et germanorum concurrant, uterioi debent probare se pari gradu differro; ut hoc ostendant, primo ad stipitem recurrunt, inde ad suum parentem, hunc ejus ostendunt conditionis, ut, si viveret, repelleretur: ab eo tamen suum jus deducunt: Ratio quae repulit patres, illis non obstat. Sed hoc, quod pater repelleretur, illis obstat. Textus etiam *d. cap.* 3. §. 1. ex quo probatur scilicet, solam gradnum spectari distantiam, loquitur expresse de casu, quo neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquit. Atque haec merito et Cujacii *ad hanc Nov.* et Dd. communis sententia est, usu fori comprobata, teste Sandio *lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 3. dissentit Wissemb. (6) *hic.* Caeterum consanguineorum vel uterinorum filii, soli existentes, remotiores cognatos, etsi utrinque conjunctos, sine dubio excludunt. (7)

14. (n) Nam post concursum inter fratrum liberos, diximus resolute, spectari simplicem gradnum praerogativam; * Qui sunt ejusdem gradus hi concurrunt, et remotior cedit propinquiori, sine ulla repraesentatione differentiaque duplicis vinculi, denique cognationis aut agnationis. *d. cap.* 3. *in fine.* Quare si defunctus thios, hoc est, patruum, avunculum, amitam aut materteram reliquerit, juxtaque eos fratrum sororumve liberos, quoniam hi omnes io tertio gradu sunt siti, putamus, pariter

(n) *Pos.* 37. 38. *et seqq.*

6. *Sed verius puto, filios fratrum, etiamsi soli sint, in stirpes succedere: etenim Imp. postquam in nov.* 118. Cap. 3 V. Si autem *filiis fratrum beneficium repraesentationis dedisset, ex eo mox infert in v. unde consequens est, per filios fratrum germanorum excludi fratres unilaterales defuncti. Sed maxime pro hac sententia facit* V. quandoquidem *in aad. nov.* 118. Cap. 3. *in qua Imp. ex privilegio repraesentationis eis concessa, infert, per filios fratrum excludi thios defuncti. hoc autem inferre non potuisset, nisi in omnem casum illud beneficium repraesentationis eis concessisset. Nec interpretatio Auctoris, qui n. seq. existimat Imperatorem in hoc* V. *supponere aliquem defuncti fratrem superstitem esse, ita ut filii fratrum* non per se, sed propter thios suos defuncti thiis praeferantur, *admitti potest: neque enim ait Imperator excludi thios defuncti per defuncti fratres, sed per fratrum filios quibus hoc privilegium repraesentationis dederat, neque obstat* V. sed. et ipsis *in qua fatendum est limitari beneficium repraesentationis sed ad hunc finem tantum, quando fratres germani concurrunt cum adscendentibus, quem sensum ipsemet Imp. suggerit in v. seq.* si cum clem. *Quod si hanc sententiam admittamus, absurdam sequelam, quam Auctor hic timuit, devitabimus*, nec *tam dura interpretatione, quali hic Auctor utitur, opus erit.*

(7) *Sed et ipsos thios defuncti excludent, nam indistincte omnium fratrum filiis jus repraesentationis concessum est.*

* Jure Saxonico Unilaterales semper uno gradu existimantur esse remotiores, quam bilaterales. Unde frater Uterinus cum germani liberis concurrit, *L. R. L.* 1. *art.* 3. *P.* 3. *C. El.* 18. §. *Haun. ober.* licet Jure Civili ab iis excludatur, *Nov.* 118. *cap.* 3. Contra, Pronepos ex fratre Germano, potior est in successione, quam Pronepos ex Unilaterali fratre, *a. d. art.* Carpz. *p.* 3. *C.* 18. *d.* 24. *Schoepffer. Synops. Jur. Priv. ad lib.* 38. *de S. A. J. n.* 49. cum Justinianeum duplicitatis vinculum hoc plane non attendat, sed utrosque aequali Jure ad successionem admittat. *

eos admitti, * idque secundum verba mentemque Justiniani satis claram in *d. cap.* 3. *in fine*; Contraria, quoniam in communem Doctorum abiit, videamus quo fundamento nitatur. Id est in *d. cap.* 3. verbis hisce; *Quando quidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum succedentes locum, soli in tertio constituti gradu, cum iis, qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, illud palam est, quia thiis defuncti masculis et feminis, sive a patre sive a matre, praeponuntur, si etiam illi tertium cognitionis similiter obtineant gradum.* Male habitus est ab interprete hic locus; audiamus ipsum Caesarem. ὁπότε τοίνυν τοῖς τοῦ ἀδελφοῦ καὶ τῆς ἀδελφῆς παισὶ τοιοῦτο προνόμιον δεδώκαμεν, ἵνα τὸν τῶν γονέων ὑπεισιόντες τόπον, μόνοι τρίτου ὄντες βαθμοῦ, μετὰ τῶν ἐκ δευτέρου πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται ἐκεῖνο πρόδηλόν ἐστιν, ὅτι τῶν θείων τοῦ τελευτήσαντος ἀρρένων τε καὶ θηλειῶν, εἴτε πρὸς πατρὸς, εἴτε πρὸς μητρὸς εἴησαν, προτιμῶνται, εἰ καὶ ἐκεῖνοι τρίτον μόνον συγγενείας βαθμὸν ἔχουσιν Posteriorem versiculum ita rectius vertit Haloander: *illud manifestum est, quod patruis et avunculis, neque non amitis et materteris defuncti praeferantur, tametsi similiter et illi tertium cognationis gradum obtineant.* Sanxerat prius Imperator, ut filii fratrum praemortuorum una cum fratribus defuncti per repraesentationem succederent. Quo ipsis indulto, tanquam consequens inde deducit, quod etiam thiis defuncti praeferantur; diserte ideo tradit eos praeferri, quia privilegium repraesentandi hoc casu illis dederat, ut ita non per se, sed propter, thios suos defuncti thiis praeferantur; Thiis igitur privilegioque cessantibus, in suis terminis relinquuntur, quibus nihil aliud habent, quam jus tertii gradus, quod ipsum habent thii defuncti. Ratio, quam dissententies (quos sequitur usus fori) suggerunt, quod fratrum filii sint instar descendentium, ad quos difficilius recurrat hereditas, haud quidem inepta erat, quae juri statuto circumdaretur; at stabiliendo minime est sufficiens. Quin ex hac ratione fratris nepos etiam praeferendus esset Patruo, cum tamen Doctores communiter quoque statuant, ne quidem patruelibus eum praeferri, qui in pari sunt gradu; quod sine dubio est verissimum. 8.

15. Hinc etiam dicendum, fratris uterini filium cum thio pleno defuncti concurrere, (9) ** quia duplicitas vinculi ultra quaestionem inter fratris liberos non extenditur, *d. cap.* 3. *in f.* (10) multo magis patruum vel avunculum defuncto ab uno latere conjunctum praeferri filio patrui utrinque conjuncti; similiter patruum ex uno, simul admitti cum matertera ex utroque latere conjuncta; quae species sunt apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 2. Plane superior regula, quod proximus gradu sit jure potissimus, nihil obstat, quominus in infinitum producatur; *omnes deinceps a latere*, inquit Justinianus *d. cap.* 3. *in f.* Quod Imperator nullis finibus circumscripsit, id nobis limitare nefas. Doctores tamen ita quasi in re minime dubia tenent, olim cognatos duntaxat ad sextum, agnatos ad gradum decimum fuisse admissos, per §. *ult.* 1. *de success. cognat.* Unde cum hodie differentia inter cognatos et agnatos nulla sit, omnes cis decimum gradum constitutos colligunt admittendos, ut multa probatur autoritate apud Fursterum, *l.* 3. *de success. cap.* 9. *n.* 1. *et* 2. qui tamen ipse, *cap. seq.* veriori merito sententiae accedit: En quod olim quoque agnati sine fine graduum vocati fuerint. Neque enim ulla determinatio legitur in §. 5.

(8) *Si verum sit, quod auctor hic vult in explicatione* v. quandoquidem, *thios defuncti tantum excludi propter fratres, non propter filios fratrum, non erit verum dicere fratris et sororis filios praeponi thiis defuncti, quod tamen Imp. expresse ait in* v. quandoquidem.

(9) *Imo dicendum, fratris uterini filium praeponi cuicumque thio defuncti, propter privilegium repraesentationis indistincte fratrum filiis concessum. Quin diserte id tradit Imp. in* v. quandoquidem.

(10) *Duplicitas vinculi ultra ipsos fratres non extenditur, nec invenitur in fratrum filiis, ii enim non duplici sed simplici tantum vinculo contingant defunctum. Nec germanorum filii excludunt fratres unilaterales jure duplicis vinculi, quod non habent, sed jure repraesentationis.*

* Autoris sententia, qua Patruum cum Germanorum fratrum liberis ait concurrere, in Saxonia Communi attenditur, quoniam in tertio omnes gradu constituti sunt, unde in capita inter eos dividitur hereditas *u. L. R. L.* 1 *art,* 17. Zobel *p.* 3. *diff.* 27. *n.* 10. Carpz. *p.* 3. *C. El.* 18 *d.* 4. Coler *p.* 1. *d.* 48. *num.* 13. *seq.* Richter. *de Succ. ab Int. sect.* 111. *m.* 1. *n.* 70. Jus autem Electorale hoc casu fratrum liberos solos ad successionem admittit, *P.* 3. *C. El.* 18 ibique Carpz. *def.* 4. et Mollar *n.* 3. Berlich. *p.* 3. *Concl.* 24. *n.* 34. *seqq.* Struv. *Ex* 38 *th.* 33. Atque hanc sententiam etiam Juri Civili convenire, contra Autorem Zobelius, Berlichius, Carpzovius *ll. cc.* Salict. *ad auth. post fratres. C. de legit. her, n.* x aliique Dd. statuunt.

** In Saxonia Electorali frater unilateralis quidem excludit patruum ex utroque latere junctum, *P.* 3. *C. El.* 18 §. *Wenn. aber.* ibique Carpz. *def.* 14. Struvv. *Jurispr. For. l.* 2. *t.* 30. §. 10. sed unilateralium liberos excludit patruus bilateralis Carpz. *d. l. def.* 16 licet hic a fratrum Germanorum liberis excludatur. V. Carpz *ibid. def.* 4. at Struv. *l. c.* §. 18.

Inst. de legit. agnat. succ. neque in §. *ult. de serv. cognat.* quin ibi; *etiamsi longissimo gradu sint*, vocantur agnati; clarius adhue in *l.* 2. §. 1. *de suis et legit. hered.* scriptum est; *deincepsque caeteri, si qui sunt hinc orti, in infinitum.* Ex quibus liquet, etiam pro hypothesi juris novi, supposita saltem agnationis cognationisque uniformitate, omnes sanguine junctos, quibus propinquior nemo reperitur, ad successionem admitti. *

16. (o) Deficiente omni sanguinis linea legitima et naturali, praetor olim ex praesumpta defuncti voluntate et aequitate manifesta conjuges admittabat in solidum, idque recentiori jure confirmatum, *l. un. C. Unde vir et uxor.* neque id a Justiniano mutatum est; Generalis enim abrogatio legum vetustarum, de qua est in *pr. d. Nov.* 118. loquitur de tribus succedentium ordinibus, non de conjugibus neque de fisco. Cum autem vir et uxor jure civili consensu fiant, non videtur copula carnalis, ut huic beneficio locus sit, esse necessaria, argumento insuper ex *l.* 15. *de C. et D.* suffragante: quamquam de lucro dotis vi statuti vel pacti conjugibus competente, aliter disputari potest, ut facit Bronchorst. *l.* 5. *miscell.* 98. *Gail.* 2. *observ.* 79. Myns. 5. *obs.* 99. quippe dotis lucrum respectu matrimonii secuturi et implendi conceditur, at haec successio ex solo affectu defuncti proficiscitur.

17. (p) Jure novissimo, adhuc alia successionis species recepta est, quando conjux praemortuus est locuples, superstes autem laborat inopia, tum hic cum liberis communibus succedit in virilem portionem si tres aut plures sint; si pauciores in quartam, scilicet ususfructu tenus. ** Deficientibus autem liberis, quartam plenae proprietatis aufert cognatis, in quam tamen legata a defuncto relicta imputantur. *auth. praeterea. C. unde Vir. et Ux.* Cujus argumento, idem de eo, quod mulier in dote habuerit, affirmandum videtur. Irnerius verba Authenticae ita temperavit, ut de viro perinde ac de muliere intelligenda videantur. Et sane *Nov.* 53. *cap.* 6. in fine *princ. et* §. 2. satis aperte tam de viro quam de muliere loquitur, *ὁμοίως μὲν ἐπὶ τῶν ἀνδρῶν, ὁμοίως ἐπὶ τῶν γυναικῶν, κοινὸν γὰρ καὶ τοῦτον ἐπὶ αὐτοῖς τίθεμεν τὸν νόμον. Perinde quod ad viros quam quod ad mulieres; communem hanc*

(o) *Pos.* 43. (p) *Pos.* 44.

* Jure Saxon. Successio cognatorum ad gradum septimum restricta videri poterat, *A. L. R. l.* 1. *art.* 3. sed contrarium apparet, si dicto articulo jungas *lib.* 1. *art.* 17. et 18. Unde ultra septimum gradum succedendi Jus cognatis apud nos competere, docent Schneidewein. *ad pr. I. de hered. quae ab Intestat. deferunt. in tertio ordine succedent. n.* 39. Schalzius *Syn. Inst. tit. de tertio ordine succedent. lit. l. verba. et quamvis.* et Carpzovius *Part.* 3. *Const.* 18 *Def. ult.* qui tamen *ibid. n.* 2. et 5. cum Colero *dec.* 53. *n.* 1. successionem hanc Collateralium ad decimum gradum restringit. Sed Autoris sententia, qui omnes omnino cognatos in infinitum ad successionem admittit, omnino praeferri meretur; cum §. *f. I. d. success. cognat.* exemplum remoti gradus saltem recenseat, non ulteriores gradus excludat. vid. Struv. *S. J. C. Exerc.* 38. *th.* 35. Stryk. *de Succ. ab Int. Diss.* 3. c. 1. §. 29. Conf. Menck. *Gymn. Polemic. Controv. Jur. Civil. Disp. XV. th.* 7.

** Eamdem portionem Jure Saxonico communi uxori in casum inopiae relinquendam esse, patet ex Carpz. *p.* 3. *C.* 20. *Def.* 15. dissent. Coler. *dec.* 61. *n.* 49. nisi statuto aut consuetudine speciali alia portio ipsi fuerit determinata, conf. Struv *S. J. C. Ex.* 38. *th.* 41. Richter. *de Succ. ab int. Sect.* 4. *membr.* 4. *n.* 4. Muller. *ad d. C.* 20. *n.* 62. Sed Ius Saxonicum Electorale uxori arbitrium relinquit, utrum portionem statutariam accipere, an illata velit repetere, *d. C.* §. *f.* ibique Carpzov. *def.* 6. Continet autem portio statutaria liberis existentibus quartam, deficientibus tertiam partem hereditatis mariti, quam uxor capit, sub onere Geradam et omnia sua bona conferendi, *d. C.* ibique Carpz. *d.* 16. 17. 18. *seq.* Statutum autem Lipsiense Uxori, etiamsi liberi sint superstites, sine discrimine tertiam et jus retinendi Geradam largitur, idemque ei optionem *d. C. El.* datam relinquit, licet alias uxor portione statutaria locali vi Rescripti D. Christiani II. de an. 1606. teneatur esse contenta, vid. *Leipziger Willkühr art.* 29 *Leipziger Ordnungen, Privilegia und.* Statuta p. 295. Carpz. *ad d. C. def.* 6. *def.* 13. Maritus autem Jure Saxonico Comm. et Electorali, in omnia conjugis mobilia succedit, *L. R. l.* 1. *art.* 31. *L. R. l.* 3. *art.* 76. *P.* 3. *C. El.* 22. salvis tamen rebus Geradicis, quas mediante inventario proximae cognatae uxoris defuncti restituit, et legitima liberorum ac parentum: Ea enim deficientibus immobilibus, ex hisce mobilibus supplenda est. Carpz. *ad d. C. def.* 18. 19. et 22. Ita vero maritus omne aes alienum, quod ratione mobilium contractum est, solus, *a. L. R.* 1. *a.* 34. ratione immobilium successor in immobilia, communi pro rata maritus dissolvit, vid. Carpz. *d. l. d.* 15. 16. 17. conf. Qu. Sept. Flor. Rivini *Diss. de marito herede mobiliari in Saxon. Lips.* 1677. *inaug. hab.* Caeterum Statuto Lipsiensi hoc particulare debetur, quod maritus ad uxoris sine filia defunctae Geradam, retenta etiam mobiliari successione, admittatur, *Stat. Lips. d. Gerad. d.* 1672. *a.* 1. 3. Si nulla adsint mobilia, in Electoratu nihil ex uxoris hereditate maritus lucratur, *a. d. art.* 76. Carpz. *l.* 2. *def.* 24. *seu resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Jun.* 1701. Sed Jure Communi Saxonico successionem ex *Nov.* 117. *c.* 5. haud denegant, v. Berl. *p.* 3. *Concl.* 29. *n.* 69. Nicol. *Res* 12. *n.* 179 conf. Struv. *S. J. C. Ex.* 38. *th.* 41. Richter *de S. A. I. Sect.* 4. *membr.* 2. *n.* 58. De Successione Geradica, Heergewettica etc. ad Digesta nonnihil infra monebitur.

enim utrisque legem constituimus, et §. 2. εἴπερ ἀπόρως ὁ ἀνὴρ ἢ καὶ γυνὴ διάκειται, *si quidem inops aut vir aut mulier existat.* Sed huic Novellae derogatum esse per *Nov.* 117. *cap.* 5. *in fine* tradit ex Cujacio et Rittershusio noster Wissenbachius, *disp. ad Inst.* 30. *th.* 51. verba derogatoria sunt haec; τὸν ἄνδρα γὰρ ἐπὶ τῶν τοιούτων θεμάτων, τὸ τέταρτον μέρος, κατὰ τὸν πρότερον ἡμῶν νόμον ἐκ τῆς οὐσίας λαμβάνειν τῆς γυναικὸς, πᾶσι τρόποις κωλύομεν. *Virum enim in ejusmodi casibus quartam partem, juxta legem pridem a nobis latam, ex substantia uxoris accipere, omnibus modis prohibemus.* Sed cogitandum illud Hippocraticum, μηδὲν εἰκῇ, μηδὲν ὑπερορῶν. Existimo, hanc abrogationem non esse generalem; sed ita demum per hunc locum viro successionem negari, si quidem sine causa uxorem matrimonio exegerit; idque ex verbis praecedentibus: Τὴν μέντοι ἀλόγως ἐκβληθεῖσαν, ἐν αὐτῷ τῷ καιρῷ τῆς ἐκβολῆς τὸ μέρος κελεύομεν λαβεῖν τὸ περιεχόμενον τοῦδε τοῦ νόμου. *Mulierem quidem sine ratione ejectam, ipso tempore quo ejicitur, partem hac lege ipsi debitam accipere jubemus.* Tu dices, nulla tum connexio inter utramque periodum, quam tamen requirit sensus propter particulam γάρ, *enim.* Sed dicam, nihilo fore meliorem, si verba secus accipias, connexionem. Quare enim mulier statim ac ejicitur, quartam accipit? An ideo quia vir nunquam ei succedit, ut transitoria particula indicare videbatur? Nulla haec αἰτιολογία. Sed nostra hypothesi constabit melius, *mulier ejecta statim petit quartam*; quid autem, si prior ipsa moreretur atque vir tunc inops esset, ut fere solent γυναικομανεῖς? Nihil hoc moratur; vir *enim* quoticscunque ἀλόγως uxorem expulit, hujus legis beneficio non gaudet, ait Imperator, quemadmodum nec mulier, quae intra annum luctus ad secundas transvolavit nuptias. *l.* 1. *et* 2. *C. de sec. nupt.* Bene igitur habet communis Pragmaticorum sententia, hanc conjugum successionem reciprocam statuentium. Moribus hodiernis Viri et uxoris successio, tam illa ex Edicto, quam ex jure novissimo, varie aut recepta aut improbata est, ut D. Voetius probat, *tit. Inst. de success. ab intest. n.* 12. Apud nos viget haud dubie.

18. Successio ex pactis dotalibus frequens instituto populorum hodierno, a jure quidem civili aliena. *l.* 14. *C. de pactis.* sed Praxi forensi comprobata est, ut Sandius testatur. *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 7. In Frisia tamen juris communis valere observationem idem testatur, hactenus sane, ut liberam testamenti factionem pacta dotium non tollant, an tamen rigide juri Romano Amphictyones nostri insisterent, ut ne quidem valere pacta paterentur si nihil contra testamento sit cautum, valde dubitarem, quia plerique a quibus illa pacta improbantur, valere tamen ea volunt quasi in vim ultimae voluntatis, si nihil contra sit dispositum, ut Sandius eadem definitione observat. Simile de unione prolium esto judicium, qua conjuges paciscuntur, ut Liberi, quos e diversis habent matrimoniis, pariter sibi succedant. Nam et hujus etiam jure Frisico non erit ille effectus, ut Parentibus liberam testandi facultatem eripiat, sed tantum, ut quasi ab intestato velut liberi succedant: Si modo etiam hoc jure potiri possint, quandoquidem nulla specialis de hac prolium unione consuetudo Frisiorum extat. Caeterum, post conjuges, ad affines, qui per conjuges junguntur, nulla lex propagat successionem. *l.* 7. *C. comm. de success.* Unde privigno intestato non succedit vitricus, *l.* 3. *C. eod.* neque comprivignis jus est ultro citroque capiendae hereditatis, *l.* 5. *in f. C. eod.*

19. Est tamen, (q) ut post conjuges aliquando obtineat successio ante Fiscum. Nempe, si quis decurio, navicularius, cohortalis vel fabricensis decesserit; Quippe eorum bona non fisco, sed collegiis et corporibus, quorum ipsi membra sunt, adquiruntur, *l.* 1. *et t. t. C. de hered. decur. navic. cohort. etc.* nisi quod una particularis successio adhuc ipsa illa collegia antevertat. Nempe, si quid a principe donatum sit pluribus, id uno ex illis deficiente, ad hos qui sunt participes ejusdem liberalitatis devolvitur. *l. un. C. si liberal. Imp. soc. sine hered.*

20. (r) Postremus locus Fisco datur; si neque descendentes neque adscendentes neque a latere agnati vel cognati neque conjuges nec collegia, quibus hoc jus sit, extent, tum bona vacantia rediguntur in Fiscum. *l.* 1. *in pr. de success. Ed.* Jure naturali poterant Nullius videri cessura occupantibus: at cum merito incommodum et rixis videretur obnoxium, universitas civium jus hoc sibi, id est, Reipubl. vindicavit. *l.* 1. *et* 4. *C. de bonis vac.* Potest tamen Fiscus ab eo, qui heredes legitimos non habet neque testari vult, fideicommisso gravari. *l.* 114. §. 2. *de legat.* 1. Debent autem vacantia illa bona Fisco nunciari intra quadriennium, *l.* 1. §. 2. *de jure fisci.* quanquam alioqui vindicandis iis, quae in commissum ceciderunt, non nisi quinquennio praescribatur. *l.* 2. *C. de vectigal.* Facta autem nunciatione intra quadriennium, quaestio quidem ulterius proferri potest, *arg.*

(q) *Pos.* 45. (r) *Pos.* 47.

d. l. 1. §. *penult.* verum si quis intra quadriennium detulerit, etsi destiterit, tunc alius post quadriennium nunciare non potest, nisi primus sit praevaricatus et causam prodiderit. *l.* 10. *in princ. de divers. temp. praesc. d. l.* 1. §. *ult.* Dinumeratur autem *quadriennii tempus, non ex opinione hominum, sed de substantia bonorum vacantium*, inquit Papinianus in *d. l.* 10. §. 1. hoc est, ut puto, non quando homines opinantur defunctum heredibus carere, quia nullum norunt; sed cum plane et certo constat, nullum extare successorem, cum ratio genealogiae explorata est, aut qui succedere possunt hereditatem repudiarunt. *d.* § 1. *et d. l.* 1. §. 2. *de jure fisci.* Solus autem Fiscus habet hoc jus, non civitates, quae superiorem agnoscunt. *d. l.* 1. *C. de bon. vacant.* * Olim bona quoque damnatorum, ita ut poena mors naturalis vel civilis esset, in fiscum redigebantur. *l.* 1. *in pr. de bonis damnat.* Hodie non aliter, quam si deficiant descendantes vel adscendentes, in tertio gradu, quibus successio manet salva: Collateralibus praefertur Fiscus *Nov.* 134. *c. ult. in fin.* excepto majestatis crimine, cujus damnatorum bona adhuc indistincte publicantur. *d. nov. in fin.* Moribus varie jus vetus aut novum servatur, Plerumque cessant publicationes, ac ut obtineant, opus est statuto, teste Perezio ad *tit. C. de bon. proscript.* ejusmodi cum nullum sit in Frisia, non videmus confiscationes ibi usitatas extra Majestatis crimen.

21. Non potest heic omitti Quaestio frequens in foris hodiernis, a Juris Romani tamen aliena terminis: Quia saepe fit, ut diversum jus succedendi ab intestato in locis ubi defunctus habuit domicilium, atque in iis locis ubi bona sita sunt obtineat, dubitatur secundum utrius loci leges successio regenda sit. Communis et recta sententia est, in rebus immobilibus servandum esse jus loci in quo bona sunt sita: quia eum partem ejusdem territorii faciant, diversae jurisdictionis legibus adfici non possunt; verum in mobilibus nihil esse causae, cur aliud quam jus domicilii sequamur; quia res mobiles non habent affectionem versus territorium sed ad personam patrisfamilias duntaxat; qui aliud quam quod in loco domicilii obtinebat, voluisse videri non potest. ** Qua de re vide Sandium *l.* 4. *tit.* 8. *def.* 7. ubi plures citantur Auctores, simulque fieri posse demonstrat idem *def.* 9. ut partim e testamento, partim ab intestato eidem patrifamilias succedatur e diversitate Statutorum; velut si paterfam. Frisius locuples heic et in Omlandia, scribat heredem, is Frisica bona consequitur, Omlandica deferuntur ad proximos ab intestato, quoniam de immobilibus illic per Leges testari non licet.

(r) *Pos.* 46. (s) *Pos.* 47.

* Recte monet Dominus Autor, Jus fisci non pertinere ad Civitates municipales sec. Jus Civile, vid. Ant. Perez. *ad tit. C. de bon. vacant. n.* 2. *seq.* Struv. *Synt. Jur. Civ. Exerc.* 50. *th.* 47. Jura vero Saxonico Communi et Electorali, Civitas, quae per investituram gaudet Jurisdictione superiore, etiam bona sibi vindicat vacantia, *a. L. R. L.* 1. *art.* 28. Reinhard. *P.* 1. *Diff.* 34. Coler. *p.* 1. *dec.* 22. *n.* 3. Richt. *de Success. ab Int. Sect.* 5. *n.* 3. Schilter. *ad ff. Ex* 50. *th.* 3. Idemque Jus in pagis Nobilibus aut Jurisdictionis Dominis competit, si merum imperium ipsis sit concessum, ut illius onera quodammodo compensentur, *a. d. art.* 28. Stryck *de Succ. ab Int. Diss.* 5. *c.* 1. *th.* 16. Ziegler. *ad Praxin. Calvoli*, §. *Nobilas. n.* 23. *p.* 391. Schilter. *ad ff. Ex.* 50. §. 3.

** Sententiam Autoris confirmat in Saxonia *Dec. Elect.* 54. unde ratione immobilium respicimus ad statuta, quae in loco rei sitae obtinent, non ad locum ubi defunctus habitavit, aut decessit, Phil. *ad d. Dec. Obs.* 2. Carpz. *L.* 6. *Resp.* 39. *Id. P.* 3. *C.* 10. *Def.* 15. Richt. *de Success. ab Int. Prooem. n.* 34. Stryck. *de Success. ab Intest. Diss.* 1. *c.* 4. *n.* 2. *seq.*

TIT. IV.

DE OBLIGATIONIBUS.

I. Transitus, et Obligationem recte ad secundum Juris objectum referri. II. Definitio et divisio obligationis. III Explicatur naturalis. IV. Civilis obligatio exponitur. V. Ejus causae, contractus et delictum. VI. Contractus definitio et divisio explicatae.

(a) Habuimus Jura in Re constituta sine respectu ad certam personam, quaeque rem ipsam afficiunt ubicunque existunt, Dominium, Servitutem, Hereditatem (de pignore alibi agetur). Tempus est ut discamus, quale sit jus quod ad rem comparatum est; vel potius in personam ad rem consequendam, quod pari passu ambulare cum obligatione, neque differre ab ea nisi modico respectu, *ad tit. de R. D.* probavimus. Scilicet, Obligatio est vinculum inter duos; vinculum, quo debitor et creditor inter se conjunguntur, adeoque duabus constat partibus, jure Creditoris et onere debitoris. Illud, *jus ad rem* vulgo dicitur: hoc specialiter obligatio; tametsi *Obligatio* cum respectu ad creditorem etiam usurpatur, ut cum obligatio cedi, vendi, legari dicitur, qua de re latius actum in *lib.* 4. *Digress. c.* 5. *et animadv. de jur. in Re et ad rem. c.* 13. Non sequemur eorum sententiam, qui contra auctoritatem et utilitatem juris invitaque ratione, nolunt de obligatione tractari in capite de rebus, sed in primo de personis, ideo, quia in *l.* 3. *de O. et A.* scriptum est, obligationis substantiam non in eo consistere, ut rem nostram faciamus, sed ut alium nobis obstringamus. Scilicet, differentiam ejus a modis adquirendi rerum dominia indicat ibi Jurisconsultus; Obligationem non esse causam proximam et immediatam dominii, sed mediatam, interveniente videlicet facto personali per quod jus nanciscimur, quo in actum deducto, fimus domini, ut verbis sequentibus significatur, *ad dandum.* etc. Proinde hoc jus diversum quidem est a dominio, sed inde tamen nequaquam alienum; certe ejusmodi, quod auget patrimonium nostrum, et merito in bonis esse dicitur. *l.* 49. *de V. S.* Unde et in divisionibus rerum obligationes diserte, ut species earum, collocantur *tit. Inst. de reb. corp. et incorp.* habentque reales effectus; quatenus, vendi, in solutum dari, donari, atque pignorari possunt. *l.* 4. *de hered. vel act. vend. et l.* 1. *C. de O. et A.* Plane res est manifesta, quod non modo Triboniani, sed et Caji in Institutionibus aliorumque antiquorum ea fuerit ratio; in primo juris libro sive objecto, ut loquimur, agere de statu personarum deque iis, quae ad hominem pertinent, sed eum non faciunt locupletiorem. In secundo, de his, quae ad Patrimonium referuntur, quod sine dubio et de obligatione praedicari potest. Enimvero sunt ἰδιογνώμονες in hac quaestiuncula Viri alioquin egregii, Vultejus *discept. scholiast. c.* 16. ejusque auditor D. A. Matth. ad *hunc tit. et alibi passim.* iterumque hujus auditor, noster-que Praeceptor D. Wissenbachius, qui rarissime ab sui praeceptoris sententiis recedebat. Acquiescamus in veterum doctrina, non quia vetus, sed quia vera et immobilis. Sed Theophilus quid sibi vult? εἰπόντες, inquit, περὶ τῶν πραγμάτων νῦν μετέλθωμεν ἐπὶ τὰς ἐνοχάς. *Postquam diximus de rebus, transeamus nunc ad obligationes.* Distinguit aperte res ab obligatione; sed, ut in sequentibus tradit, ea mente, quod obligatio tanquam mater actionis in personam, ad caput atque tractatum de actionibus pertineat. Atqui illa ratione Theophilus etiam dominium, ut matrem actionis in rem, ad tertium juris objectum referre posset. Ordinis haec est, quam modo diximus, ratio manifesta, in primo et secundo objecto ut agatur de his, quae ad statum personarum pertinent, et de juribus, quae patrimonium, augent, ut dominium et obligatio; In tertio de remedio, quo jus personale et patrimoniale nobis adserimus, quod est Actio.

2. (b) Definitur obligatio a Justiniano, quod sit juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura. Quod sit vinculum inter duos et quo sensu, diximus *a pr.* Necessitas adeo cunctarum obligationum virtus est; quanquam Modestinus in *l.* 52. *in pr. de O. et A.* sensu plane arbitrario necessitatem unam e pluribus obligationum causis appellat, qua scilicet heres necessarius sit obstrictus, §. 7. *d. l.* 52. populariter ibi, non ex arte sumit obligationem pro facultate qua, quis ad aliquid praestandum quovis modo tenetur; quemadmodum *deberi* sic aliquando sumitur, ut quidquid *ad nos pertinet* intelligatur. *Solvendi* verbum explicatur a Paulo in *l.* 3. *in pr. eod.* dum ait, obligationum substantia in eo consistit ut alium nobis obstringat ad *dandum aliquid vel faciendum* ve.

(a *Pos.* 1. 2. 3. 5. (b *Pos.* 4. 5. 18. 19.

praestandum. Dare est dominium transferre. §. 14. *Instit. de Action. l.* 75. §. *ult. de V. O.* Facere quid sit, quando solutioni et praestationi opponitur, difficile dictu est. Nil melius in mentem venit, quam cum *facere*, qui actum exercet non pertinentem ad implementum generale certi contractus; Ut aedificare domum, pingere tabulam, manumittere servum, ire Romam, *l.* 72. §. *ult. et l.* 84. *de V. O.* juncta *l.* 124. *D. eod.* simpliciter alioqui *facere* significat etiam *dare* et *praestare*, ut videre licet apud Brissonium *in verbo* facere. Praestare tunc erit implere quamlibet fidem contractus, quatenus a dando et faciendo discrepat, ut *praestare* fidem, *praestare* culpam, id quod interest, evictionem et similia. Caeterum, mixtae actiones, quae partim in dando, partim in faciendo consistant, vix est ut dentur, una forsitan excepta, quae est de rationibus reddendis; haec est *ad factum* reddendi rationes, et ad *dandum*, ut reliqua praestentur, *l.* 82. *de C. et D.* (c) Divisio, ut diximus, est in Naturalem atque Civilem, *l.* 8. §. 3. *de fidejuss. et l.* 18. *de Scto Macedon.* Necessaria est haec divisio ad juris scientiam: at monendus est Lector, definitionem modo positam e Justiniano, de Civili tantum esse conceptam. Proinde, si ad hanc divisionem ordinandam tantisper ultima verba definitionis, quae sunt haec, *secundum nostrae civitatis jura*, praecidere velis e memoria, per nos licet.

3. Obligatio Naturalis est, quae solo aequitatis vinculo sustineri dicitur in *l.* 95. §. 4. *de Solution.* Civilis, quae legis autoritate subnixa est. Naturalis obligatio non omnis in pari pretio habetur; Quibusdam enim lex opitulatur, aliis nullam vim tribuit. Quae hujus sunt generis, vel neglexit omnino vel enervavit. Quas neglexit eas naturalitati suae et conscientiis hominum reliquit; ut est obligatio gratitudinis, veluti *ad remunerandum*, *l.* 25. §. 11. *de hered. pet.* item ejus, qui legata ex voluntate testatoris integra debet, cum nihil ipsi sit salvum *l.* 5. §. 15. *de donat. int. vir. et ux.* et heres, qui ex testamento non solemni hereditatem aut legatum alii cedere debet, unde ne conscientiam quidem absolute obligari, plena manu probavimus *l.* 4. *Digress. c.* 34. *et seqq.*

SCHOLIUM.

Ergo nec erit obligatio naturalis, si ne conscientiam quidem obligat. Ergo neque hoc exemplum ad thesin spectabit? Imo vero, modo distinguas inter obligationem naturalem abstractam a lege civili, et ex hypothesi legis civilis. Est haec obligatio naturalis respectu priori, non est respectu posteriori. Aliter paulo Autor in Digress. d. l. 4. cap. 35.

RESPONSIO.

Etiam sine ea distinctione puto dari Obligationem naturalem, quae commendat observantiam sui, non imperat, ut est obligatio ad remunerandum, et haec de qua diximus in loco citato.

N. ADDIT.

Hoc vero est repetere saltem contradictionem, non respondere ad objectionem. Quae commendat observantiam sui obligatio et obstringit conscientias hominum, ea est obligatio ad remunerandum, de qua id diserte asseruerat Autor. De altera vero, nempe heredis ex testamento non solemni, hereditatem cedere debentis, dixerat, quod ne conscientiam quidem obliget, i. e. ne quidem commendet sui observantiam.

Obligationes quas jus civile privat effectu ac enervat, sunt hae; Pupilli majoris infantia, nam infans plane non tenetur, *l.* 25. §. 1. *Quand. di. leg. ced. l.* 21. *ad L. Falcid. et l.* 1. *in fin. de novat.* juncta *l.* 127. *de V. O. et l.* 41. *de condict. indeb.* filiifamilias mutuam pecuniam accipientis, *l.* 10. juncta *l.* 1. *de Scto Maced.* et mulieris fidejubentis. * *l.* 2. *et t. t. ad Sc. Vellej.* Obligationes quibus lex opitulatur quidem; verum non dat agendi

(c) *Pos.* 6. *et seqq.*

* Huc pertinet etiam obligatio minoris sine Curatore in Saxonia contrahentis. Quamvis enim eam naturaliter obligari, Carpzov. *P.* 2. *C.* 15. *Def.* 7. *n.* 9. *Id. de Jure faem. sing. dec.* 3. *pos.* 3. n. 6. Philipp. *Us. Pr. I. Lib.* 3. *Ecl.* 60. *n.* 11. Moller *ad C.* 15. *n.* 60. *seq.* aliique Dd. sentiant; efficacem tamen esse hanc obligationem, et effectus, quos Jus Civile obligationibus naturalibus tribuit, retinere, vix potest asseri. Condictionem indebiti Mulieri obligatae largiuntur ipsi Carpzov *ad d. C. def.* 2. Moller. *l. c. num.* 91. *seq.* Philip. *ad Dec. El.* 24. *Obs.* 3. *num.* 3. et fidejussorem pro ea intercedentem non obligari infra ad Tit. XXI. ostendetur. Quave rectius foeminam sine Curatore contrahentem, ne naturaliter quidem obstringi, Pantschmann. *Var. Quaest. l.* 1. *qu.* 5. *n.* 20. Berlich. *p.* 2. *Concl.* 17. *n.* 24. aut naturalem, si qua subsit, obligationem omni vi ac effectu civili destitui, defendunt Brunnemann *ad l.* 6. *ff. de fidej. n.* 4. Joh. Sam. Stryk *de Jur. sing. femin. Hamb. c.* 2. *th.* 34. licet ipse Huberus circa finem hujus positionis, et Pagenstecher *in Aphorism. Inst. Lib.* 3. *aph.* 51. hujusmodi obligationem naturalem efficacem esse, existiment.

petendique jus in foro, his alios tamen effectus minime spernendos tribuit: Parit exceptionem, *l. 7. in pr. de Pact.* impedit condictionem indebiti, *l.* 13. *et l.* 26. §. 12. *de condict. indeb. l.* 10. *de O. et A.* recipit Constitutum, *l.* 1. §. 7. *de pec. Const.* fidejussores, pignora: §. 1. *de fidejuss. l.* 6. *et* 7. *eod.* Denique, novari potest ejusmodi debitum, *l.* 1. §. *ult. de Novat.* imo, potest compensari. *l.* 6. *de compensat.* Hos omnes effectus non dubitamus adscribere servorum obligationi, *l.* 13. *pr. de Condict. indeb.* ut et nudo pacto, *Is enim natura debet, quem jura gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus*, ait Paulus in *l.* 84. §. 1. *de R. J.* ubi de pacto haud dubie loquitur, ut ex collatione *l.* 1. *pr. de pactis* liquet, quo qui tenetur, eum natura et jure Gentium esse obligatum affirmatur, daturque ei hic effectus quod exceptionem producat. *l. 7. in pr. et* §. 4. *de pact.* Sed haec utraque species moribus nostris incognita est.

SCHOLIUM.

Scilicet, quod ad effectum. Nam pactum nudum hodie magis cognitum est quam stipulatio, etsi hodie pactum nudum actionem producat.

RESPONSIO.

Sufficit igitur, extra usum esse Pactum, quatenus olim erat obligatio naturalis, quo respectu heic tantum consideratur.

N. ADDIT.

Nulla est contradictio inter nos, cum scholium istud non adjecerim correctionis, sed explicationis gratia.

Auctor scholiorum contra distinctionem superius positam adhuc ita procedit.

SCHOLIUM.

At quomodo hae obligationes differunt ab obligationibus, quas in totum destitutas a jure civili voluit Autor? In obligationibus prohibitis quidem differentia est, v. gr. in obligatione filiifamilias qui prohibetur *mutuam pecuniam sumere; at servorum contractus, item pacta nuda non sunt prohibita; Sed obligatio ex testamento imperfecto tamen, quam Autor pos. 7. afferebat, tanquam exemplum obligationis in totum destitutae, exceptionem parit.* vide *l* 2. *C. de fideicommiss. Et ergo illa non in totum destituitur* per hanc pos. 10.

Sed et obligatio pupilli pos. 8. *ad obligationes plane destitutas relata, constitutum, fidejussores, pignora, novationem etc. admittit* dd. text.

RESPONSIO.

Ad primam objectionem; Non diximus, servorum contractus et pacta esse inter obligationes naturales prohibitas; est error elenchi. Ad II. objectionem; neque obligationem e testamento imperfecto parere exceptionem, nisi quis facti gnarus errore juris solverit, ut infra de quasi contr. *dicetur. quo casu non diximus esse penitus destitutam speciem. Ad objectionem III. Fidejussiones, pignora, novationes subjectae pupilli obligationibus, non valent ut earum accessiones, sed ut novae obligationes, ex voluntate Fidejubentium atque novantium. Infra* de Fidejuss.

N. ADDIT.

Ad I. Imo autor commisit ignorationem elenchi, cum ea, quae de obligationibus prohibitis movi, pro objectione habuit, cum sit potius concessio et ostensio quod dubium ad illam speciem non pertineat: et sane ipse concessi, disertis verbis, servorum contractus et pacta nuda non esse prohibita. Ad II. Ergo haec distinctio facit ad minimum ut obligatio ex testamento imperfecto non referatur ad obligationes in totum destitutas, sed ut tertiam speciem mixtarum constituat. Ad III. Distinctionem hanc non admittit natura fidejussionum et novationum, quae totae, quantae sunt, accessiones sunt. pr. §. 1. 3. 5. Inst. de fidejus.

Caeterum, ad obligationes naturales, quae jure civili non penitus destituuntur, bene refertur obligatio mulieris nuptae, quae marito non auctore se obligavit, in iis locis, ubi is est legitimus Curator uxoris; item obligatio, de cujus causa nihil constat; de qua *vid. infr. de inutil. stipulat.*

4. Atque haec de obligatione naturali. Videamus de civili (d). Haec vel est Civilis tantum, vel Naturalis simul. Illa, quae legum subtilitate dumtaxat nititur, aequitate destituta naturali, quae propterea parit quidem actionem, sed per exceptionem, quam suggerit aequitas, eliditur.

SCHOLIUM.

Haec saltem obligatio, quoad nomen et subtilitatem juris est, talis revera non est obligatio, jam dudum id subodorante Paulo

(d) *Pos.* 12. *et seqq.*

l. 112. de R. J. Nihil ioterest, *inquit*, ipso Jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *Confer.* Philos. jur. §. 112.

RESPONSIO.

Philosophia Juris non debet evertere Juris Historiam neque terminos Artis. Paulus de eventu loquitur, quo nihil interesse, num detur Actio an exceptione elidatur, satis constat; verum si tu velis abolere quicquid ipso vel summo jure consistit, in eventu non consistit, ut et quae ipso jure nulla sunt et quae rescinduntur, magnam disciplinae partem sustuleris. Qui metu coactus est, vere obligatur, quia voluit ἐκ προαιρέσεως, ex deliberato consilio, *etsi obligatio civili effectu destituatur. Maneamus igitur in terminis Artis.*

N. AUDIT.

Mirandum, quod, qui mihi modo errorem elenchi objicit, tam multiplicem hic committat. Nam. (1) *An ego in Scholio tentavi unquam evertere juris historiam et terminos artis; An non fere eadem verba reperiuntur in Scholio, quae Autor habet in lineis praecedentibus, nisi quod id de novo observetur, quod Autor etiam concedit, obligationem hanc destitui effectu?* (2) *Uti vero ex dictis constat me nihil voluisse abolere, ita quae Autor de iis, quae ipso jure nulla sunt et quae rescinduntur immiscet, ad hunc locum proprie non pertinent, cum ea, quae rescinduntur, effectus habeant suos, si non rescindantur. An obligatio mere civilis nullum habet effectum nec naturalem, quia destituitur aequitate naturali, nec civilem, quia eliditur per exceptionem?* (3) *Si metu coactus vere obligatur, quia voluit ex deliberato consilio obligari, falsum est, quod Autor dixit modo, hanc obligationem aequitate naturali destitui* (4). *Si vero aequitate naturali non destituitur, non potuit referri ad obligationes mere civiles; sed potius tum esset obligatio naturalis et civilis simul.* (5) *Si obligatio mere civilis est vera obligatio, debet habere effectum civilem. Sed Autor hic ipse fatetur, quod obligatio ex metu destituatur effectu civili et nitatur saltem aequitate naturali: Ergo una eademque obligatio, erit simul mere civilis, simul mere naturalis etc.*

Exempla passim occurunot. Qui ad tempus promisit, etiam post tempus obligatur. §. 3. *I. de V. O.* Qui a creditore suo pactus est ne peteret; etiam post pactum obligatur. §. 3. *I. de except.* Qui metu coactus, qui dolo deceptus promisit, jure civili quoque obligatur. §. 1. *et* 2. *eod. tit.* Dantur vero quaedam obligationes mere civiles, quae non actionem inefficacem, sed exactionem producunt; quia tales erant, ut propter utilitatem publicam finiendasque lites ea virtute deberent instrui. Ideo praesumptio in illis stabilita est, quod naturalis causa semper subesse credatur. Talis est obligatio literarum, *infra de liter. oblig.* rei judicatae, *l.* 25. *de Stat. hom.* jurisjurandi voluntarii §. 11. *infr. de action.* et coofessionis judicialis, *l.* 1. *D. de confess.* ex quibus datur efficax actio, tametsi debitor revera nihil debeat; In his omnibus non quaeritur an debeatur, sed an scriptum, judicatum, juratum, atque coofessum sit.

Obligatio, quae civilis simul ac naturalis est, sine exceptiooe actionem producit efficacem. Easque a Justiniano duplex in §. 1. *h. t.* traditur; Civilis et Praetoria. Illa ex legibus oritur, haec ex Edictis Praetorum, *d.* §. 1. quae stricte sumpta legibus opponuntur. *l.* 7. §. 1. *de Just. et Jur.* Civilis, *quae aut legibus constituta, vel certo jure civili comprobata est.*

SCHOLIUM.

Haec divisio obligationis, fundamentum praebuit divisioni Magistrali actionum in nativas et dativas. Illae oriuntur ex obligationibus lege civili comprobatis, hae ex constitutis.

Constitutae legibus dicuotur, quae solido quidem juris Naturae fundamento nituntur, aliis tamen gentibus aut populo Romano primitus in usu non fuere; postea vero a sanctionibus Romanis vim suam acceperunt, ut sunt verborum obligationes, pacta legitima, furti ex L. XII. Tab. Damoi ex lege Aquilia; Injuriae ex lege Cornelia, et similes. *Comprobatae* jure civili sunt, quae aliarum gentium jure vim plenam obtinentes, a populo Romano receptae, addendoque aliquid vel detrahendo, juris civilis sunt factae, *l.* 5. *de J. et J.* ut sunt emptiones, venditiones, locationes conductiones et reliqui juris gentium contractus. Praetoriae actiones omnes constitutae dicuotur, quia per expressa Praetorum Edicta vis obligandi illis addita fuit, ut est obligatio ex jurejurando, constitutae pecuniae, similesque, de quibus *in* §. 9. *et seqq. de Action. eum tit. seq.* Sed Praetoriae obligatiooes effectu parum aut nihil a civilibus differunt; imo sub Civilibus continentur, quando civiles ac naturales inter se opponimus, non secus ac ipsum jus Praetorium sub jure civili late sumpto comprehenditur. *d. l.* 7. §. 1. *de Justit.* Denique fieri potest, ut aequitas sola sine adminiculo legis specialis actionem producat, si praegnantior sit, et si proxime ad aliquem contractum accedat, cujusmodi exemplum

est in *l.* 32. *de reb. Cred.* Quoties autem simpliciter obligationem nominamus, hanc, videlicet civilem, intelligimus.

5. (e) Cujus causam et matrem Ulpianus in *l.* 7. §. 1. *et* 2. *de Pactis.* ait esse συνάλλαγμα, quod in *l.* 19. *de V. S.* interpretatur *ultro citroque contractum*, sive negotium ultro citroque gestum, quod est duplex, contractus et delictum.

6. Contractus est conventio per se producens obligationem et actionem. Genus est *conventio*, hoc est duorum vel plurium in idem placitum consensus. *l.* 1. §. 2. *de pact.* Cujus duae sunt species, contractus et pactum nudum. *l.* 19. *in fin. de nov.* Differentia ab effectu est, quia contractus producit obligationem et actionem, quo discernitur a pacto nudo; addimus *per se*, ne definitio conveniret pactis legitimis, id est, lege vel edicto confirmatis, quae cum actionem non sua, sed legum vi producant, non sunt tamen contractus. *l.* 6. *de pact.* Si quis a priori differentiam inter Contractum atque pactum scire velit, ea haec est: Omnis Conventio habens proprium et legitimum nomen vel *causam*, id est dationem aut factum, ea Contractus est. Quae vero neque certum nomen habet neque in effectum coepit deduci aliqua datione vel facto, haec est pactum. Ex. g. Dabo tibi centum ut servum manumittas, hoc est pactum; quia nec certi nominis est haec conventio, neque datio vel factum adhuc intercessit: at hoc negotium, do tibi, et mox numero, jam contractus est; vel cum tu manumisisti, statim contractus est; antea finibus nudi placiti stabat. *l.* 27. *C. de Locat. et Cond.* Conventiones quae speciale et certum habent nomen, contractus nominati vocantur, ut emptio, venditio, locatio, conductio, mandatum, societas, mutuum, commodatum, depositum aliique. Quae nomine Legitimo carent, datione tamen aut facto ab alterutra parte impletae sunt, vocantur Innominati Contractus; quos per περίφρασιν seu *circumlocutionem* designamus; quales vulgo quatuor numerantur, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, de quibus alibi dicendum. Ex omnibus illis una datur actio, praescriptis verbis, de qua similiter locus erit alibi. Miretur merito quis, harum specierum differentias peti a nominibus, quod in reali et morali disciplina absurdum videatur. Sed sciendum, nomina nihil esse quam notas et signa differentiarum, quae revera aliunde sunt petendae. Nempe quoniam aliqui contractus necessarium et frequentem in civili societate usum habebant, ideo determinatam certamque legibus naturam, certas in foro agendi formulas, assiduoque hominum usu certa nomina acceperunt; quibus enunciatis, quia statim quilibet vim atque effectum eorum intelligebat, a nominibus quoque nuncupari coeperunt. Sed reliqui cum essent rariores minusque necessarii, operae pretium JCti vix putarunt, peculiares certosque praescribere terminos aut ordinarias et solemnes actionum dare formulas; adeoque neglectim sunt habiti, ut ne appellationibus quidem specificis distincti fuerint. Haec est differentia et ejus ratio; Scilicet usus et utilitas frequens aut infrequens. Illa facit ut nominati contractus sint certi, innominati magis incerti, unde actio praescriptis verbis incerta dicitur. *l.* 6. *C. de rer. permut.* Hinc nulla inde certa petitio, sed in id quod interest agi solet. *l.* 7. *de praes. verb.* Huic quoque incertitudini tribuo, quod innominati contractus poenitentia retractari possunt ab eo, qui a sua parte conventum implevit, antequam alter vicissim impleverit. *l.* 5. *in pr.* §. 1. *et* 2. *de condict. caus. dat.* c. *n. sec.* Est et alia quasi-divisio contractuum, qua dicuntur aut veri esse aut quasi-contractus. §. *ult. h. t.* Veri sunt, qui expresso consensu ineuntur. Quasi-contractus, qui sine conventione pariunt obligationem, de quibus *infra* dicemus. Veri et nominati contractus rursum abeunt in quatuor species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. §. *ult. h. t.* Si quis roget cur non omnes contractus, quia sunt conventiones, dicantur iniri *consensu*, huic primo sciendum, plane omnes consensu mutuo contrahi, sed quosdam solo nudoque perfici consensu, alios praeter consensum aliud quid requirere, interventum rei, conceptionem verborum, aut literas.

(e) *Pos.* 20. *et seqq.*

TIT. XV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

I. Transitus, et definitio mutui explicata. II. Et quod mutuum sit alienatio. III. Quo effectu mutuum Re contrahatur. IV. In mutuo non posse convenire uti plus reddatur quam est acceptum. V. De actione ex mutuo, et regula de actionibus aliorum contractuum. VI. De condictione indebiti. VII. Commodati definitio. VIII. Differentiae inter commodatum et alios contractus. IX. Actio exinde. X. Depositi definitio explicata, et an rei immobilis sit depositum. XI. Divisio depositi. XII. De praestatione depositarii. XIII. Pignus quid, et quam culpam creditor in pignore praestet etc.

(a) Contractus tam veri quam quasi tales, de quibus io loco dioemus, tam nominati qoam innomioati, novissime in quatuor, inquam, species dividuntur; aut enim re, aut verbis, aut literis, aut solo consensu ineuntur. Qui re contrahuntur, id est traditione rei ipsius, sunt quatuor; mutuom, commodatum, depositum, pignus. Mutuum dicimus esse, eom quantitas alicui datur ea lege, ut tantundem ejusdem generis et bonitatis restituatur. Per quantitates intelligimus eas res, quae pondere, numero, mensura constant, ut sunt oleum, vinum, frumentum, peeunia numerata, aes, aurum, argentum, quarum rerum datione possumus ire in creditum, id est, mutuum contrahere, quia functionem recipiunt in suo genere *per solutionem, quam specie*, verba sunt Ulpiani in *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* (1) id est, ut puto, quoniam res illae talis sunt naturae, ut una alterius vice absque ulla inaequalitate faeile fungi possit, idque magis per solutionem sive praestationem ejus quod tantundem est, quam redditionem ejusdem speoiei. Talis promptitudo et aequalitas functionis in suo geoere vix unqoam in oorporibus reperitur, sed plerumque in species sive oorpora cadit affectio et inaequalitas aestimatioois; neque enim hic equus, haec vestis, hoc poculum tam praecise aequo bona sunt, atque iste equus, illa vestis, illud poculum. Quae ratio docet, si quidem et corpora dentur juxta pondus, numerum, mensuram, ita ut nulla inaequalitate distinguantur, tunc nihil obesse quare mutuum in illis cousistere nequeat; veluti eum tot panes certi ponderis et bonitatis restituantur, aut pisces ad pondus numerumve, quod fit in halecibus tam salitis quam tostis, neo non asellis; et bibliopolae in libris ejusdem editionis mutuum omni die exercent.

2. Quantitas *datur*; habet defioitio, hoo est, dominium ejus transfertur, *in hoc damus, ut accipientium fiant*, ait Imperator, δάνειόν ἐστι, τὸ τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, *mutuum est, quo is qui accipit rem ejus fit dominus*, ait Theophilus; unde etiam mutuum dicitur, quod ex meo fiat tuum, a quo non abludere Siculum μοῖτον, unde Varro, 4. *de LL.* hanc vocem deducit, bene Grotius observat, *flor. spars. ad hunc tit*: nam μοιτὸν est a μοὶ et τὸν pro τεόν *tuum*. Siculos enim Graecos Doras fuisse, satis notum est. Grotius *dicto loco* etymologiam Justiniani esse *veram* affirmat; verius videtur, allusionum esse veritati proximam; grammatice autem derivari a *muto*, ut a divido *dividuus*, cernuus a *cerno*. Est ooim mutuum nihil quam mutatio quantitatis. (b) Si dominium rei mutuo datae transfertur, consequens est eam *alienari*, quod et diserte scriptum est in *l.* 16. *et l.* 41. *de reb. cred.* cumque alienatio sit actus per quem domioium transfertur, *l.* 1. *inf. C. de fundo dot.* neeessarium dictu videtur, non tantum in mutuo fieri alienationem, sed mutuum esse quoque alienationem, quoniam est actus per quem dominium transfertur. Substantia ejus in hoo consistit, ut res fiat accipientis, §. 2. *in pr. supra. Quib. alien. licet vel non*, ubi pupillus negatur obligationem mutui contrahere, quia rem oon facit accipieotis. Ut is, qui accipit rem fiat dominus, ὅρος ἐστὶ τοῦ δανείου, *haec definitio mutui est*, inquit Theophilus in *d.* §. 2. Duae res concurrunt ad substantiam mutui, alienatio et obligatio; alienatio corporis, obligatio generis seu quantitatis, τοῦ tantumdem; docet hoc idem Theophilus, Ὅρος δανείου ἐστι, inquit, τὸ τὸν λαμβάνοντα γίνεσθαι δεσπότην, εἶναι δὲ ἡμῖν ἔνοχον, οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλὰ εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποστάσεως ἢ ποσότητος. *Definitio mutui in hoc consistit, quod is, qui accipit rem fiat Dominus, sit autem nobis obligatus non ad eadem, sed alia ejusdem qualitatis et quantitatis.*

(a) *Pos.* 1. *et seqq.* (b) *Pos.* 5. 6.

(1) *Vide ad hanc* l. 2. §. 1. de reb. cred. *Bynkershoek observ.* lib. 1, cap. 10.

Ita facile sustinebimus rationes Salmssianss, ut novissime sunt propositae a Bartholomaeo Leetio, Jaeobi nepote, Lugduni Bataviae anno clɔ Iɔ eı. in dissertatione habita, praeside Viro Cl. Bernardo Schotano. *Mutuum*, ait, *consistere in rebus fungibilibus, quae ut quantitas non ut species considerantur. Ergo, si quidem in sola quantitate mutuum consistit, dicimus, quod de illa quantitate non fiat alienatio.* Res fungibiles sive quantitates in quibus mutuum eonsiatit, dupliei modo eoosiderantur, subjeetive, inquam, et abstracte, (ignoaee terminia prope nimis scholasticis, si modo explieent) hoo est v. g. Centum aurei, ut *controctantur* καταβάλλονται, aut ut animo eoneipiuntur. Utroque sensu pertinent ad substantiam mutui; Sed ut subjective, sive materialiter summutur, ita alienatio earum est de essentia mutui, verum ut abstrahuotur, ita concedimus non esse alienationem; quoniam boc aeosu termini babiles alieoationis desunt, quaestioque stulta est, ao diei possit alienari quod dominium nullo modo rocipit. Sed si digna res est dispntatione de qsantitatibus, id est speciebus quantis, inquirendum est an alienentur; hoe affirmamus, alterum ineptum putamus. Tu negare non potes, mutunm io hoo quoque consistero, ut illa apecies, quse traditur, ex mea fiat tua, proindo ut alienetur. Unde necesse est, in mutuo fieri alienationem, imo ipsum mutuum esse alienationem, quia re, id ost ipsa traditione perficitur. Si plus ait in mutno, non refragamur; aufficit hoe, non esse elieoum a natura mutui ut in mutuo alienatio fieri dieatur. Pluribua controversiae iotegris libris agitatae non immorabimur, sat eerti sententiam Salmasii, ut ab adversariis excepta fuit, ipso fatonte, falsam, ut ab autore doin exposita est, ita Logicastro quam JCto fuisse digniorem. Quis enim sani homo aensus quantitatem, id est summam in genere, dicat alienari: cum de illa transferenda nihil actum aut cogitatum sit; quae haotenus tantum in conventione fuit, ut esset meosura ejus quod accipiens reddere deberet?

3. (c) Mutuum est demum, quando res *datur*, solaque conventione non consistit, etai stipulatio accedat. Hioo, qui peeuniam creditam acceptnrus spopondit creditori futuro, in potestate babet ne aecipiendo se ei obstringat, *l.* 30. *de reb. cred.* est enim atipulatio ioeffieax, si quidem causa destituatur. *l.* 2. §. 3. *de doli mali et met. except.* Conventioni tamen fietione brevis manus adjecta, mutuum eonstitui posse, pridem ostendimus. Praeterea dictum est io definitione, ea lege dari mutuum, ut *tantundem* restituatur. Tantundem reddi neqnit nisi res sit ejusdem naturae et qualitatis, ut in *prin. h. t.* habetur, adeoque in eadem bonitate, *l.* 3. *do reb. cred.* non igitur vinum pro frumento, neo Gallicum pro Rhenano, neque pro vetere novum. *d. l.* 3. Si contingat rem non reddi, vel reddi non posse in eadem bonitate, judieem id quod interest oportet aestimare. *l.* 22. *eod.*

SCHOLIUM.

Cujus explicationom vide apud Struv. XVI. 36. *et latius apud Wissenb.* d. l. th. 10. 11. 12. 13. *Non est hodie, inquit Cujacius, vel Judex, vel Patronus, vel JCtus, qui non haereat maneatque suspensus, quoties tractatur do hac re. Tu ergo nota observantias judiciorum ubi degis.*

RESPONSIO.

Hac de re dicenda reservamus ad tit. ff. de Condict. tritic.

Quaeri hic solet; mutato valore nummorum, utrius tuno commodum aut detrimentum sit, ac utrius temporis ratio crediti accepti, ao restituti habeatur. Dicendum, reddi a debitore summam mutuo datam, eamque consici ea nummorum aestimatione, quae tunc est quando solvit; * creditori satisfit si tantundem, id est eamdem quantitatem accipiat; Proinde mutationem publicae aestimationis nihil ad creditorem, sed ad debitorem dumtaxat pertinere. Sed aliter obtinet, cum de certa specie monetae est actum, dictumque ut eadem moneta creditum reddatur, tuno totidem ejusdem speciei nummos, quot accepit, mutuatarius reddere debet, quanquam valor eorum fuit mutatus; perinde ac si vini aut frumenti pretium fuerit mutatum (vid. Molin. tract. de Usur. *num.* 754. *et praeced.*) quia si creditor eumdem sibi valorem exacte reddi voluisset, quantitatem sive summam, non easdem monetae species atipulari debuerat; cui accedit, quod ut plurimum, crescente aestimatione nummorum vel decrescente, pariter crescant et

(c) *Pos.* 7. *et seqq.*

* Apud nos solutionem, in ea bonitate et extrinseca et intrinseca pecuniae, quae fuit tempore contractus initi, fieri jubet *Const. El.* 28. *P.* 2. ibique Carpz. *def.* 4. *et* 5. Conf. *Churst. Sachs. Muntz-Mandat.* de an. 1622. §. *ob wir nun aber-Wohl. Corp. J. S. p.* 646. *et de an.* 1656. §. *und so viel ersti.* C. J. S. *p.* 762. *seq.* sive melior, sive deterior sit moneta tempore solutionis excusa *Id. l. c. def.* 8. mora tamen debitoris nocet ei, quicquid postea supervenerit damni creditori, *d. const.* 28. Debitor vero propter moram non cogitur in meliore moneta, quam fuit tempore contractus, solvere, Carpz. *d. l. d.* 15.

decreseant pretia rerum, nisi forte in mutatione praegrandi temperamento sit locus, ne creditor in damnum incidat, *l.* 99. *de solution.* MOLINÆUS *tract. de usur. n.* 747. (2)

Occurrit hic tamen jucunda nec omittenda quaestio. Victus et condemnatus in impensas litis, ad 30 *libras taxatis, minutissimam et rarissimam conquisivit monetam, et solutionem obtulit in parvulis denariis Parisiensibus et Turonensibus. Creditor recusavit, offerens recipere in aureis vel solidis duodenariis aut simili non adeo contemptibili pecunia. Per sententiam praesidis Parisiensis dictum, quod creditor teneretur recipere: appellavit ad senatum, ubi (ut in talibus recte et laudabiliter fieri solet) consulti et aditi praefecti monetales, censebant male judicatum.* * *Dicebant enim primo, hanc minutissimam monetam nigram denariorum parvorum sive Parisiensium sive Turonensium, non esse factam ad commercia exercenda, et solvenda debita, sed solum ad commutandum majores nummos, vel supplendum quod excurrit, ut* in l. 26. §. 2. deposit. *quando minutum aliquid addendum vel detrahendum est summae vel pretio. Secundo dicebant, monetam hanc nigram fere omnino esse aeream, nimisque ponderosam et onerosam in magnis summis. Sed certe primum juris est, excedens artem monetalem, et falsum est; cum enim haec minutissima moneta, quantumcumque vilissima sit, publice ad formam et definitionem publicam facta et approbata sit, est vera et proba moneta; igitur in ea solutio fieri potest, sive in parva, sive in magna summa, cum debitor non sit obligatus ad aliam certam speciem monetae, sed ad quantitatem in genere.* sic has rationes refutat Molinaeus, haud tamen ita, ut mihi spernendae videantur; saltem ut temperamento locus esse videatur, *videat judex, ne malitiis indulgeatur*, quod tamen nec Molinaeus admittit, ita pergens, *qua semel oblata in quacunque proba, non reprobata moneta, licet rara et minus frequenti (ut sunt denarii Parisienses) debitor obtulit quod debet; nec ad rem pertinet quod debitor ex indignatione hanc minutissimam monetam conquisierit; ex quo enim eam habet et de ea solvi potest, quid ad rem de origine? Imo si peccavit debitor dicta indignatione, magis peccat creditor, qui est in ultima mora et culpa, dedignando et aversando probam et legitimam monetam: et ita tandem recte prudenterque pronunciavit supremus noster Senatus bene judicatum.* Alius forte aliter.

4. (d) Ex eo quod *tantundem* in mutuo reddendum, bene colligitur, posse quidem convenire, minus ut reddatur, quam est acceptum, ut vero plus reddatur, convenire non posse; scil. eo quod plus est, etiam quod minus est continetur, et cui licet tantundem stipulari, *ei non debet, quod minus est, non licere* stipulari. *l.* 21. *de R. J.* Quare *si tibi dedero decem sic ut* mihi *novem debeas, non amplius ipso jure quam novem debebis: sed si dedero decem ut undecim debeas, amplius quam decem condici non potest. l. rogasti.* 11. §. 1. *de reb. cred.* Neque dixeris, undecimum nummum videri donatum, eo quod donatio jure Codicis pacto simplici perpetrari potest, *l.* 35. §. 5. *C. de Donat.* nam hoc ita verum fuerit, si contrahentes id egisse liqueat, ut liberalitas ab eo, qui promisit exerceretur; at in mutuo liberalitas a parte dantis potius intelligitur, cum ejus respectu contractus sua natura sit beneficus; ideoque nulla causa est donationem heic supponendi, quae nunquam in dubio, inprimis ubi palam aliud negotium geritur, solet praesumi, ac ita recte Donellus *comment. ad d. l.* 11. (3) Probabilior est conjectura, quod partes per undecimum nummum in illa specie locum usurae implere voluerint, postquam usu rerum hominumque receptum est, uti raro in creditum sine usuris eatur. Tamen id saltem requiritur, ut merces illa pecuniae creditae seorsim a sorte memoretur; alioqui non est adhuc ita subacta contractus hujus natura, quae est gratuita, ut si nihil quam simplices mutui

(d) *Pos.* 7.

(2) *Videsis Corn. van Bynkershoek observ.* lib. 1. cap. 9. *ubi defendit Florentinam lectionem L.* 99 *de solut.*

* Hinc non tantum Edictum Monet. Ferdinand. *d. An.* 1559. §. 11. in summa, licet magna, Creditorem non teneri ultra 25 aureos solutionem in pecunia 5. crucigeris minore accipere, cavit. vid. *Tab. ff. tit. de solut. p.* 606. Sed et Ordinat. Cambialis Lips. §. 22. docet solutionem Cambii fieri non debere in moneta, *so unter einem Kayser-Gr. als.* 8. *Pf.* 6. *Pf.* 4. *Pf. Brummer*, 3. *Pf.* 2. *Pf. u. dergl.* §. hic. Ord. Camb. postea an. 1685. *speciali rescripto* ita declaratus fuit, *dass kein Kaufman in Wechsel Zahlung. dergl. Muntz-Sorten, so am Werth unter* 4. *Gr. seynd, in* 100. *thl. mehr. als vor* 20. *bis* 25. *Rthl. wider seinen Willen anzunehmen schuldig seyn solle.* vid. Jo. Chr. Konigk. *Wechsel-Ordn.* p. 62. et 136.

(3) *Vide tamen ad* l. 11. §. 1. de reb. cred. *Noodt de pactis et transact.* cap. 12. *qui hanc exponit de pacto in continenti contractui mutui adjecto. Quam interpretationem impugnare conatur Corn. van. Bynkershoek in dissertat. de pactis juris stricti contractibus in continenti adjectis.* cap. 5.

termini exprimantur, inde usura stabiliatur. Nam jure civili pecuniae foenebris usurae citra vinculum stipulationis peti non possunt *l.* 3. *C. de Usur.* Denique nec ideo, quod moribus hodiernis pactum stipulationi aequiparetur, aliud de hac quaestione statuendum: Nam pactum illud usurarium adhuc separata conventione explicatur, *d. l.* 3. nec aliter mores ab jure discrepant, quam quod solemnitas, qua stipulatio constabat, hodie sublata est, ut inferius trademus.

Scholium.

Videmus tamen in praxi id quotidie fieri a mercatoribus in literis cambialibus. Sed hae literae cambiales contractui chirographario propiores sunt quam Mutuo.

Quid si mutuo, quemadmodum fit, stipulatio subjiciatur, qua debitor se pro decem redditurum spondeat undecim, an tunc, quia nummus undecimus stipulatione a mutuo separata continetur, auctarium illud peti potest? Ne tum quidem, nam mutuum et stipulatio pecuniae reddendae non sunt diversi contractus. Ita enim Ulpianus in *l.* 6. §. 1. *de Novation. Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus, contractus est*, adde *l. seq.* Idem erit dicendum, etsi antea stipulatio facta, non pecunia numerata sit; adeoque non tam re, quam verbis obligatio contrahitur et numeratio vix aliter quam implendae stipulationis gratia fieri intelligitur. *l.* 7. *eod. tit.* Haec observatio non modo ad usum hujus quaestionis, sed ad universam mutui naturam pertinet, maximeque ad ingenium actionis, quae ex mutuo datur noscendum, de qua proinde paucis dicendum.

5. Dictum est *supra*, quod obligatio sit mater actionis scilicet in personam: obligationis causae sunt contractus et delictum. Contractus vel utrinque vel ab alterutra parte pariunt actionem. Ab una parte mutuum et stipulatio. Qui ab utraque, hi vel utrinque directam, vel ab una parte directam, ab altera contrariam producunt. Directa utrinque nascitur ex iis contractibus ubi par fere singulorum est onus et praestatio. Verum ubi alter magis et prolixius obligatur, ibi hic quidem directa, alter, qui minus habet praestandum, actione contraria convenitur. Emptor et venditor, Locator et conductor, denique socii pari fere modo obligantur; sed qui commodatum, pignus, depositum, mandatum suscepit, longe gravius ac is, qui dedit et commisit illa negotia tenetur. (4) Haec in loco applicabimus. Mutuum, ut diximus, uni tantum parti imprimit obligationem, scilicet ei qui accepit; nam qui dedit mutuum, nihil habet praestandum. (e) Tenetur autem is, qui accepit condictione certi, quae competit ex omni debito, quod est certum et determinatum, *l.* 9. *pr. de reb. cred.* cum enim hoc mutuo examussim congrueret minus e re visum fuit novam mutui actionem comminisci, tametsi ex aliis contractibus actio fere cognominis oriri soleat.

Scholium.

Puto esse condictionem sine causa. cum Struv. XVI. 15.

Responsio.

Condictio sine causa nullo modo convenire potest ubi causa validissima est repetendi, quod mutuum dederis. Struvius *eam dat ubi mutuum non consistit ab initio.* d. n. 15. et 16.

N. Addit.

Refutet Autor quod non dixeram: Dum enim Scholia mea hic in praelectionibus pro lubitu applicat, saepius ad alia sua dicta, quam quibus adjecta erant in positionibus, non potuit non aliena mens mihi aliquoties affingi. Ita enim dixerat Autor in positionibus ad tit. ff. de reb. cred. Actio ex mutuo vocatur condictio certi triplici respectu: I. Quatenus re contractum et numeratio facta est. II. Quatenus stipulatio ad reddendum numerationi adjecta est etc. tum condictio certi nascitur ex stipulatione. III. Datur condictio certi, ubi nec stipulatio nec mutuum est, eo quod vel Dominus non fuit is, qui dedit, vel jus alienandi non habuit, tum ex consumptione bona fide facta nascitur condictio. Hoc satis constat, EAM certi condictionem, non speciatem ex mutuo, sed eamdem esse quae datur ex omni contractu unde certum debetur. *Atque his ultimis verbis Autoris adjectum erat scholium nostrum. Ex quibus satis apparet, et me, et Struvium et Autorem loqui de casu, ubi mutuum non consistit ab initio; hic vero Scholium meum diversae plane Autoris doctrinae non optima fide fuisse adjectum.*

(e) *Pos.* 12.

(4) *Eleganter quoque haec exponit Hein. in elem. jur. ad instit.* §. DCCLXXXII. *ubi tradit has regulas: si uterque statim obligatur, utrinque datur actio directa. Si unus initio, alter ex post facto demum obligatur, contra illum directa, contra hunc contraria actio datur.* l. 17. §. 1. et 3. l. 18. §. 2. l. penult. ff. commod.

Proinde eum stipulatio mutui reddendi interposita est, tum haec eadem condictio certi datur; at non tam e mutuo, quam ex stipulatu *l.* 24. *d. tit. de reb. cred.* ut modo probavimus ex *l.* 6. §. 1. *et l.* 7. *de novat.*

S c h o l i u m.

Dicunt equidem hi textus, contractum mutui et stipulationem esse unum contractum non vero dicunt, quod condictio certi tum nascatur ex stipulatione. Provocat Noster ad l. 24. ff. de reb. cred. *Sed ibi Ulpianus, nisi egregie fallor, contrarium, et quod tum condictio ex stipulatu non detur asserit. Hodie quaestio parum usus habet, quia hodie nomen actionis nec necesse est, ut exprimatur in libello, nec inepte expressum libellum vitiat, modo reliqua recte se habeant.*

Responsio.

Si actio non ex stipulatione nascitur, quid sibi volunt igitur haec verba d. l. 7. Non puto obligationem numeratione nasci ...., quia id agitur ut sola stipulatio teneat? *Actio non potest non sequi obligationem. Legis* 24. *Verba haec sunt*; Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet; sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur. *Atqui haec condictitia certi est etiam ex stipulatione, sed non dicitur* ex stipulatu, *quia receptum est, ut hoc nomen distinctionis causa usurpetur, ubi res incerta promissa fuerit,* τεχνικῶς· *sed* φυσικῶς *et vere, utraque est omnino ex stipulatione*; pr. I. de verb. obl. *quod nescio, qui Scholiasten fefellerit, ut heic condictitiam certi negaret ex stipulatione dari actionem. Quod ad usum attinet hodiernum, in libello, fateor, parum interest ex stipulatione an numeratione agere te dicas. Sed haec Quaestio pendet ex origine contractus et ejus conceptione: Si quis fateatur in instrumento Mutui se accepisse decem, et promittat undecim redditurum, non expressa causa usurarum, an nummus undecimus debeatur? Ego non puto, rationibus* supra *deductis; etsi, quid Scabinis nostratibus videretur, adfirmare non habeo. Scimus, praxin fori saepe magis aequitate cerebrina quam natura negotii insitisque rationibus regi. De hac actione nonnihil* ad tit. ff. de Reb. Cred. *supererit dicendum.*

N. A d d i t.

Assentior in omnibus Autori. Adeoque jam ferre possum, ut Scholium istud plane expungatur.

6. Similis ei est condictio indebiti, quae datur ad repetendum id, quod solutum est et non debebatur; *perinde* enim *ei condici potest, si adparet eum dare oportere, ac si mutuum accepisset*, ait. Imp. in §. 1. *h. t.* Verba, *si adparet eum dare oportere*, pertinent ad formulam, quaa a praetore Judicibus praescribi solebat in condictionibus, qua de re *ad* §. 14. *infra de action.* Quin etiam Cajus ib *l.* 5. §. 3. *de O. et A.* eum, *qui non debitum accipit per errorem solventis, quasi ex mutui datione obligari et eadem actione teneri, qua debitores creditoribus*, scribit. Quod tamen ita intelligendum, si facta sit indebiti solutio in rebus quae pondere, numero et mensura constant, quam speciem ideo Cujacius *parat.. C. de cond. indeb.* eleganter *promutuum* vocat. Nam aliis rebus indebite solutis, res loquitur, eidem actioni, quae mutuo applicatur, non esse locum; sed tunc in promptu est indebiti Condictio, quae hac gratia reperta est. Caeterum et Justinianus *hoc* §. 1. et Cajus *d. l.* 5. §. 3. recte monent, solutionem indebiti non esse contractum, sed magis distractum, quia mens solventis ea fuit, se vere quod solvit debere, proinde se obligationem peremptum: nisi quis dicere velit, tacitum subesse consensum, quo is, qui accipiebat et qui solvebat pecuniam, intelligebat esse reddendum quod daretur, si postea non deberi constaret, qua de re in *tit. de quasi contract.* ubi propria sedes hujusce Condictionis est: pene ut haec pro fugitiva paragraphe, quemadmodum Cujacius loquitur, habenda videatur. Nisi hoc unum libeat heic collocare, quod pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, nihilo magis indebiti condictione quam mutui datione teneatur; nisi quatenus, ut de mutuo perinde alias dictum est, e pecunia soluta adhuc est locupletior. *l.* 13. §. 1. *de condict. indeb.*

7. (f) Secundus igitur Contractus realis est COMMODATUM, quo certa species sive res non fungibilis datur alicui utenda gratis ad certum finem, modum, ac tempus, ea lege, ut finito usu in eadem specie restituatur. §. 2. *h. t.*

Mobiles an immobiles sint res quoad commodatum nihil interest, *l.* 1. §. 1. *commod.* ubi et res incorporales; sed hae impropriae commodantur, ideoque praescriptis verbis de illis agitur magis quam commodati. *l.* 17. *in pr. de praescr. verb.* Definitio satis indicat in quibus a mutuo differat commodatum. Nam hic species datur, id est certum corpus. *l.* 54. *d. V. O.* In Mutuo, quemadmodum vidimus, sunt quantitates dumtaxat, sive res fungibiles.

(f) *Pos.* 13. *et seqq.*

Mutuum transfert dominium, Commodatae rei nil nisi usus transit. Hinc qui mutuum accepit, damnum casus fortuiti, quo forte quantitas mutuo data periit, sustinet, §. 2. *h.* quatenus res perit suo domino *l.* 9. *C. de pignor. act.* et quantitas in genere debita nunquam perire censetur. *l.* 11. *C. si cert. pet.* Hinc oritur ultimum discrimen, quod heic eadem res in specie reddenda sit, cum in mutuo tantundem reddatur, ut paulo antè diximus.

8. Verbo *gratis*, distinguitur commodatum a Locationibus rerum, vel a contractu facio ut des, vel facio ut facias. *d.* §. 2. *in fin.* Quod autem de certo fine, modo, tempore dicitur, id a Precario separat commodatum; quoniam illud ad preces utentis, quamdiu libet domino, conceditur. *l.* 1. *in pr. de precar.* Dixi, materiam commodati consistere in speciebus, hoc est, in rebus corporalibus tam mobilibus quam immobilibus, *l.* 1. §. 1. *commodati* forte etiam in rebus incorporalibus veluti habitatione *d.* §. 1. *in fin.* quod tamen improprie monuimus intelligendum esse ex *l.* 17. *pr. de praesc. verb.* Quin etiam res sua natura fungibiles dari possunt, quando sub lege reddendi in specie dantur, uti fit in *l.* 3. §. *ult. et l.* 4. *commod.* ubi verba, *dicis gratia*, δίκης ἕνεκα, significant, ad solemnitatem juris implendam posse aliquando pecuniam commodari, ut eadem corpora nummorum restituantur, quemadmodum hodie fit apud nos, in exercendo jure retractus, ubi saepius emptori primo in speciem juris implendi pretium offertur, quod non recipitur. Nummi quoque veteres contemplandi non expendendi causa recte commodari dicuntur. *arg. l.* 28. *de usufr.*

9. (g) Actio commodati est vel directa vel contraria; ut indicat Rubrica *D. Commodati vel contra.* Nam alter contrahentium evidenter prolixius obligatur, is videlicet, qui rem accepit utendam; Tenetur enim ad rem non modo restituendam, sed et omne damnum rei praestandum, quod ex culpa etiam levissima contigerit, ut Imp. exponit hoc §. 2. *l.* 18. *Commod.* Locus hic est, quo doctrina de praestatione culpae, generali regula collocanda est. Quid et quotuplex sit culpa, dictum in *tit. de suspect. tutor.* Sed contractus vel ineuntur in utriusque commodum, vel in alterutrius utilitatem dumtaxat. Qui utriusque partis utilitatem continent, mediocri diligentia contenti sunt, levemque culpam recipiunt; qui unius saltem commodum spectant, hi vel continent utilitatem ejus, qui de damno queritur, vel in ejus gratiam initi fuere, qui damnum fecit. Priore casu nil nisi lata culpa praestatur, posteriore levissima; quemadmodum traditur in *l.* 5. §. 2. *Commodati.* Exempla et exceptione suo tempore et loco nobis occurrent. Casus fortuiti in nullo contractu praestantur, *l.* 23. *in fin. de R. J.* nisi aliter convenerit. *d. l.* 23. *et d. l.* 5. §. 2. *l.* 1. §. 35. *depos.* Praesens regula de commodato ita sese habet, plerumque in hoc contractu versatur utilitas solius commodatarii, *d. l.* 5. §. 2. *in fin.* potest tamen fieri ut in utriusque commodum, imo in solius commodantis gratiam commodatum celebretur, ut est *in d. l.* 5. §. 10. *l.* 18. *eod.* ubi exempla; Communes amicos communi causa nostra tu convivas excepisti, Ego argentum tibi commodavi, est in utriusque gratiam. Aliud; Praetor ludos editurus scenicis ornamenta commodavit; vel doctori librum tibi explicandum commodasti; Est solius commodantis gratia, nec aliud quam priori exemplo levis, posterioribus lata culpa praestabitur. *dd. ll.*

Est igitur actio directa, qua commodans, usu rei de quo convenerat finito, rem commodatam repetit, cum eo quod interest sua; nam ante finitum usum repetendi jus non habet, quod enim primo fuit voluntatis, mox necessitatis est factum; uti pulchre docet Paulus in *l.* 17. §. 3. *d. t.* Id quod interest peti potest ratione culpae, non quotiescumque res deterior est facta, veluti aetate, vel morbo, *d. l.* 5. §. 4. vel diminutione facta per usum rei solitum et in quem commodata erat, *l.* 10. *in pr. eod.* sed pro culpa, inquam, ubi quis re non sit usus boni viri arbitratu. Actio contraria datur Commodatario ad repetendum id, quod sua forsitan interest, veluti ob impensas extra ordinem in rem factas; nam ordinarii sumptus, qui secundum cujusque rei naturam requiruntur, et sine quibus earum usus haberi nequit, a commodatario sunt praestandi, nec ab illo repeti possunt. *l.* 18. §. 2. *eod.* Potest autem haec actio contraria vel opponi directae per modum mutuae petitionis, quam vocant Reconventionem, vel per compensationem, quae fit ipso jure. *d. l.* 18. §. *ult.* Denique, separato quoque Judicio sine principali actione quae directa est; nam potest fieri, ut dominus rei nihil habeat petendum, commodatarius autem majores impensas in rem facere sit coactus. *d. l.* 17. §. 1.

10. (h) Tertius qui re initur contractus est DEPOSITUM, quo res mobilis datur alicui custodienda gratis, sub fide eamdem quovis tempore restituendi. §. 3. *h. l.* 1. *Depositi.* Rerum mobilium dumtaxat esse depositum, non modo ex usu et significatione Verbi, sed et inde liquet inprimis, quod nullum toto jure immobilis rei depositae exemplum nec ulla mentio reperitur; quod profecto non minus heic fieret, quam est

(g) *Pos.* 19. *et seqq.* (h) *Pos.* 28. *et seqq.*

factum de commodato, quod vidimus, quis saltem non erat minor ratio dubitandi in deposito quam erat illic. Tamen ratio vix constare videtur, quare, cum mobilis rei custodia sit depositum, quod doli praestationem dumtaxat recipit, immobilium rerum similis custodia mandatum esse dicatur; in quam speciem omnino caderet; hoc enim enorme videtur, ut qualitas rerum in movendo aut non movendo consistens, tanti momenti inferat diversitatem. Sed dici potest, non hoc solum interesse; Nam mandati naturam constat esse hujusmodi, ut mandatarius factum recipiat, non aeque depositarius; nam si hic ad factum curandum esset obligatus, fides flagitaret, ut etiam aliquid culpae sustineret. Verum ille nihil recipere intelligitur, quam ut res quoad in ipso sit, in eo loco situque remaneat atque conservetur in quo Dominus eam credere voluit, a quo si minus recte collocata sit, habet quod suae imputet temeritati. §. 3. *h. t.* Ubi vero plus exigitur et cum primum aliquid facti accedit, depositi terminos excedi intelligimus; quemadmodum, fit si quis te roget ut rem suam ab aliquo receptam custodias; hoc enim continuo incidit in mandati speciem. *l.* 1. §. 13. *eod. tit.* Sic etiam, qui rem immobilem suscipit custodiendam, necessario ad aliquam facti curam sese obligare videtur: scit enim usuventurum, uti saepe se conferat in locum, oculis, pedibus manibusque in rem sit intentus: ut manifestum sit, eum plus tacite promisisse videri, quam qui rem mobilem patitur inter suas res deponi; siquidem is nihil aliud pollicetur, quam per se non fore, quominus res integra et illaesa recuperari possit. Imo ne quidem sequestrationis rei immobilis exemplum adhuc nobis occurrit. Nam quod fructus viri boni custodiae committuntur, ut est in *l.* 21. §. *ult. de appell.* et *in l.* 5. *C. Quor. appell. non recip.* quanquam hi textus vulgo ad probandam immobilium sequestrationem proferuntur, tamen nihil in illis extat ejusmodi. Nam fructus sunt res mobiles, et si forte praedium ipsum, de quo litigatur, tertio committatur, ea nusquam sequestratio dicitur, sed est locatio judicis officio facta, veluti in *l.* 22. §. 8. *solut. matrim.* tametsi non est diffitendum eam rem valde similem esse sequestrationi. (5)

11. Scilicet, depositum dividitur in duas species. Nam est vel depositum in specie vel sequestratio. Haec est rei litigiosae, de qua dicemus ad Pandectas, quia Justinianus hoc loco nullam ejus mentionem reliquit. Praeterea Depositum est vel simplex vel miserabile; hoc quod incendii, tumultus, ruinae, naufragii, fugae causa deponitur, et habet hoc speciale quod ex dolo et infitiatione propter enormitatem perfidiae detur in duplum *d. l.* 1. §. 1. *Depos.* Caeterum Re contrahitur usque adeo depositum, ut quae praeter rem deposito cohaerent, deposita non censeantur: veluti, si homo vestitus, equus frenatus deponatur, vestis, frenum pro depositis non habentur, *l.* 1. §. 5. *Depos.* quod secus in Commodato, ubi culpa, quae in equo commodato praestatur, etiam in pullo matrem comitante praestatur, *l.* 5. §. 9. *ff. Commod.* adeo ubique id elucet, quod in commodato utilitas commodatarii prolixius eum devinciat, quam depositarium, qui nullo commodo fruitur. Custodia, quam praestat depositarius, est gratuita, quemadmodum definitio indicat; neque tamen fieri non potest, ut salarium, salva depositi natura, accedat. *l.* 2. §. 24. *de Vi bonor. raptor. l.* 5. §. 2. *Commod.* Denique docet definitio, Depositum quovis tempore esse reddendum, *l.* 1. *C. depos.* etiamsi tempus certum, quo retineatur, sit adjectum, vel ut post mortem restituatur, quia talis pactio semper in gratiam et in arbitrium deponentis adjecta intelligitur, *l.* 1. §. 45. *et seq. depos.*

12. Haec restitutio petitur actione directa depositi, quae datur deponenti, quanquam is forte maleficus, praedo vel fur existat, nisi dominus, aut qui jus habet potius, superveniat vel depositario notus sit; tunc enim his faciendam restitutionem aequitas omnino flagitat, ut *μάλα φιλοσοφικῶς* docet Tryphoninus in *l.* 31. *depos.* Debet autem res in eadem conditione restitui, qua deposita fuit, nam si deterior reddatur, quasi non reddita, agi potest depositi, quatenus scilicet dolus argui potest. *l.* 1. §. 16. *depos.* Sub dolo autem comprehendi culpam latam probavimus *tit. de susp. tut. n.* 7. ubi et limitatio, quam heic loci volumus repetitam; Scilicet, eum qui in suis rebus etiam fuit late negligens, in dolo esse non videri; quanquam et hic ipse textus ampliat id, quod dicitur; latam culpam pro dolo haberi. Nam et aliquando Levis culpa tanquam dolus punietur, si quia suas res mediocri diligentia servans, res depositas pari cura non sit complexus; nam is hoc ipso doli suspectus et ex deposito obligatus esse videtur. Nam qui ad suum modum curam in deposito non praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem depositis quam suis rebus diligentiam praestabit, ait Celsus *in l.* 32.

(5) *Etiam rei immobilis esse depositum, rationibus non spernendis adstruit Thomasius in scholiis ad positiones Auctoris, qui vide in parte* 2. *hujus operis ad tit. ff. depos.* n. 1. *quibus adde, si lubet, Hein. in not. ad Vinn.* h. t. §. 3. n. 3. *qui observat rei immobilis commendationem, modo mandatum, modo depositum esse.*

depos. Levis etiam culpa praestatur, si pretium acceperit Depositarius: ne dicas mercedem, quae vox convenit locationi conductioni, *l.* 1. §. 24. *de vi bon. rapt.* imo et levissima, si depositarius sese obtulerit, *l.* 1. §. 35. *Depos.* ubi casus etiam fortuitus ex conventione praestatur, adde *d. l.* 1. §. 6. Caeterum, si res deterior reddatur, adhuc directa competit, ac si plane reddita non fuisset, *l.* 1. §. 16. *Depos.* idem de commodato traditur in *l.* 3. §. 1. *Commod.* quod tamen in id, quod interest resolvitur; ne putes dominum plane haud cogi rem accipere; forte ita, si res ad usum prorsus inepta sit reddita. vid. Wissenb. *ad tit. ff. commod. th.* 12. Denique contraria actio datur depositario ad repetendas impensas, etiam modicas, velut cibaria, *l.* 23. *depos.* quia depositarius non habet usum rei, ut commodatarius, quem diximus antes sumptus ordinarios pro usu rei, quem habet, facere solere atque debere.

13. (i) Quartus realis contractus est PIGNORATITIUS, qui agit de pignore, quod generaliter nihil est aliud, quam jus creditori in re debitoris constitutum pro securitate crediti; quam significationem latissimam, quae admodum varias continet species; alibi exequemur. Hoc loco Pignus est res mobilis tradita creditori, ut pro debito sit obligata in eum finem, ut si debitor non solvat, ex re pignorata solutio conficiatur. *l.* 9. §. 1. *de pignor. act.* §. 1. *supra Quib. alien. lic. vel non.* Proprie igitur Pignus est ipsa res pignorata; Contractus pignorationis simpliciter *pignus* haud facile dictum reperietur, nisi huc referas, quod in *l.* 35. *de reb. auctor. jud* habetur, *contrahere pignus*, item cum res *pignori capi* dicuntur, *l.* 1. *C. si advers. vend. pign.* quibus tamen id non evincitur. Traditio distinguit pignus ab hypotheca, quae est pignoratio rerum sine traditione, quam habebimus *in* §. 7. *infra de act.* cui adde *d. l.* 9. §. 1. Jam quae res pignori possint et quae non possint obligari et quae praeterea ad universam pignorum naturam pertinent, alibi nobis occurrent *ad ff.* Heic de actione pignoratitia agendum, quae est vel directa vel contraria. Directa datur debitori adversus creditorem, cui est satisfactum, ut rem pignoratam restituat, cum eo, quod interest ob levem culpam. Datur scilicet quando satisfactum est creditori; satisfit autem non modo per solutionem modosque solutioni aequivalentes, *l.* 13. *Quib. mod. pig. vel hyp. solv.* sed generaliter haec actio competit, quando crediter recedere voluit a pignore, licet in eo deceptus sit, *l.* 9. §. 3. *de pignor. act.* quotiescunque praeterea pignoris obligatio soluta est, quod quibus modis fiat, alibi tradendum. Denique, non modo rem ipsam creditor, sed etiam id, quod interest debitoris, ob levem suam culpam restituere debet; quia enim utriusque utilitas in hoc contractu vertitur, palam est, nec infra, nec ultra mediocrem diligentiam eum, qui rem tenet, obligari, quod tanquam certi juris traditur in *l.* 5. §. 2. *de Commod.* quae est Ulpiani. Importunus tamen est ejusdem locus in *l.* 13. §. 1. *de pignor. act. Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in Commodato, venit et custodia, vis major non venit.* * Ubi primo, *ut in commodato*, quod levissimam recipit; rursus, supra culpam *custodia*; denique sola *vis major* excluditur. Haec omnia culpam omnem arguere videntur; non est tamen, ut Ulpianus in re quotidiana sibi contrarius fingatur. Comparatio cum commodato, eis terminos habiles et huic materiae proprios restringenda. In *pignore venit et dolus et culpa*, sc. levis, quia vertitur heic utriusque utilitas, quemadmodum dixi, ait Jctus alibi, scilicet ubi de commodato locuti; Nam et illud, quando commodum utriusque partis continet, levis culpae praestationem recipit. *d. l.* 5. §. 2. Neque enim mirari quis debet, commodatum utriusque gratia iniri, quando et in solius utilitatem commodantis dari potest, *d. l.* 5. §. 10. quemadmodum usu frequens est, pignus in gratiam solius creditoris dari, quoties ille jus crediti *ἄνευ δυνάμεως ἀναγκαστικῆς sine coactiva agendi facultate* habet; Quo respectu aptissime ad sententiam *d. l.* 13. §. 1. dicitur in *commod. l.* 18. *in fine pr.* de commodato dum agitur, *ita ut culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis*, ait *Gajus.* Caeterum, custodia vel plena vel remissior est, quae mediocri cura, imo fide bono contenta est, *l.* 2. §. 1. *de peric. et comm. rei vend. l.* 35. §. 4. *de contrah. empt.* et exclusionem casus fortuiti non includere culpam levissimam patet ex *l.* 28. *C. Locati et l.* 4. *C. de Peric. tut.* adde Cujac. 19. *obs. c.* 24. Ita jacent tres illae difficultates, quibus elegantissimi Vir ingenii Gerardus Noodt Antecessor Neomagensis, emendatione textus in *d. l.* 13.

(i) *Pos.* 38. *et seqq.*

* Jus Saxonicum tamen Commune, pecudibus oppignoratis casu pereuntibus, Creditori Jus repetendi denegat, *L. R. L.* 3. *art.* 5. *vers. stirbt aber ein Pferd* Coler. *P.* 1. *d.* 7. *n.* 29. Schultz. *Syn. inst. h. t.* §. *fin. lit. f.* Moller *ad P.* 2. *C. El.* 26. *n.* 2. Carps. *ad eand. def.* 3. Sed Electoralis Constitutio 26. *P.* 2. hanc sententiam, tamquam aequitati naturali quodammodo contrariam, rejicit; Unde casualis pignoris interitus apud nos Debitori, non Creditori, nocebit. Carpz. *ad d. C. def.* 1.

§. 1. sane quam ingeoiosa, mederi voluit, pro- *ut in commodato*, legeodo, *at* io commodato, *lib.* 1. *do jur. probab* c. 4. quam ut laudamus, Ita sequeremur, nisi juris religio votaret ullas recipere emendationes sensum mutantes, nou ebsolute aecessarias. (6)

Contraria piguoratitie Creditori edversus debitorem datur, ut quicquid ipsius iotercst ei prsestetur, velut uecossariao impensae ia rem factae, *l.* 8. *pr. de pign. act.* aut si debitor rem alieoam pro sua, vel aliis prius obligatam dederit: aisi haec tanti sit pretii, ut faoile utrique debito suffioiat, *l.* 9. *in pr. et l.* 32. *cod.* vel si in pignoro dando aes pro auro subjecerit, *l.* 36. *eod.* quo tamen facto aurum, in quad cooseoseruot, obligatum est. *l.* 1. §. 1. *eod. tit.*

TIT. XVI.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

I. Quid sit verborum obligatio ot ox quo jure sit orta. II. Quid hodie inter pactum et stipulationem intersit. III. Stipulationum divisio, et effectus diei adjecti. IV. Obligationem tempore non finiri. V. Stipulationis conditionalis effectus. VI. Do effectu aetionis ex stipulatu. VII. Quid si agatur contra eum, qui fecit contra quam promiserat.

(a) Transeamus ad nbligationes quse verbis contrahi dicnntur, cujus praecipua aut unica species est *Stipulatio*; quae definitur solemnis verborum Conceptio, qua quis rogatus apondet se daturum oliquid esse vel facturum. *l.* 5. §. 1. *h. t.* Forma verborum, quse exacte roquiritur et ex qoa oritur obligatio. *l.* 5. *pr. d. t.* ejusmodi est: Darene spondes? Dare spondeo. Dare promittis.? Promitto. Visum fuit ita Romaais e pactionibus oudis, ut antehac diximus, non concedere vim obligandi; quia fortunis omnium civium parum bene consultum videretur, si ex qualibet promissione saepe incoosiderata, in foro cocveoiri possent. Quae ratio cum aliis pluribus, movit aliquos, ut ao quidem juri Geotium id esso consentaoeum putsrent, iis pactis, quae aoo habent *συνάλλαγμα*, hoo est, *ultro citroque obligationem*, tribnero vim obligatiouis; sed rationes eorum refellit D. Grotius in *l.* 2. *cap.* 11. *in pr.* idemque valide probat, ex omai promissione, facta cum clara significatione voluntatis de jure proprio ia alterum conferendo, ex ratione Juris nasci vim obligandi. §. 4. *d. cap.* 11. Uede liquet recte vulgo tradi, stipulationem esse coatractum juris mere civilis. Etsi enim ipso jure Gentium consensio solemnitor concepta utiquo etiam obliget, tamen nullus est eo jure contractus, cujus forma io conceptione verborum coasistit. Ut conveotiones Jure Civili proditae, juris Gentium, quod ad originem habeantur, necessum est, ut *τὸ φυσιῶδες materialis ejus essentia* rotundo sit esdem, quae jure civitatis. Emptio veoditio, Locatio Conductio, Societas, Mutuum, Depositum, Pignus omoesque juris mixti obligationes, utroqoe jure perinde nascuntur: stipulatio aliis populorum inaudita est. Noo sufficit juri Naturae oon repugnaro aliquem coatractum, quo sit juris Gentium; sed quia hoc positivum est, eodem quoque receptus esse debet. Qoamobrem in Pauli seotentia acquiescamus, qui contraotus naturales omniumque gentium uoo esse qui verbis, sed qui consensu ineantur, docet in *l.* 1. *Locati.* Hino quod stipulatio quavis lingua possit concipi, §. 1. *h. t.* ratio; licet a Cujaoio vere mascula, joco an serio dicatur, inanis est, siquidem sb usu sermonis commercii causa, ad juris communioaem oulle coosecutio est.

2 Sed nonne Legislator ipse Romanus postea pacti et stipulatioois sustulit differentiam, tolleado solemoitatem verborum, in *l.* 10. *C. de contrah. et committ. stipul*? Dicendum, propius eum oon plane ad jus gentium sccessisse. Nam Naturalis et juris Geatium ratio non modo verbis, sed et per Nuntium aut scriptorsm oos valide vult obligari. Sed Leges nostrae adhuc verba praeciso et quidem congrua et oodem contextu prolata requirunt. *l.* 1. *pr.* §. 1. *et* 2. *l.* 137. *in pr. do V. O.* Est et hoc discrimca, quod pactum sit Ipsum oegotium quod inter partes agitur, stipulatio autem a negotio contracto pendeat, *l.* 5. *in pr. ood. tit.* quippe reperta, ut alias conventiones ot tractatus firmaret ac quasi obsignaret, testo Paulo *lib.* 5. *sent. tit.* 7. *in pr.* quo pertinet, quod pactum

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *et seqq.*

(6) *Ita quoque Auctor eum textum imponit in Eunomia Romene ad* d. l. 13. §. 1. *de pignor. ect. Cui adde Abrah. Wieling. lect. Jur. Civ.* lib. I. cap. 7.

per stipulationem effectum sumere dicitur in *l.* 45. *de Pactis.* Nam hic pene solus fuit usus stipulationum: uti tractatus inter partes habitos conceptis verbis solemniter includerent, ut expeditum actionis effectum consequerentur. Neque enim primo congressu homines se verbis solemniter formatis aggrediebantur, sed promiscuis verbis conveniebant, conventaque stipulatione repetita mox confirmabant. Idque adeo in consuetudinem verterat, ut vix quidquam legitime conventum putarent, ni stipulatio subjiceretur, seu mutuum, seu venditio, sive societas aliusve contractus iniretur *l.* 71. *pro soc. l.* 88. *d. solut.* Seneca 3. *de benef. c.* 15. *Utinam*, inquit, *nulla stipulatio emptorem venditori obligaret* etc. eoque sensu Cujacius *ad. l.* 16. *do V. O.* stipulationem vocat παράδειγμα. Mores hujus seculi ad simplicitatem memoratam juris gentium redierunt, adeoque pacta et stipulationes tam quod ad verba, quam quod ad effectus reales attinet, per omnia conveniunt; unde quicquid in capite de pactis et de verborum obligationibus reperitur, id omne, quod ad usum, conferri miscerique licet ac oportet.

3. (b) Veluti quod in §. 2. *h. t.* habetur, stipulationem aut pure aut in diem aut sub sub conditione contrahi. Pure, cum obligatio neque die neque conditione differtur; sed cum dies statim cedit et statim venit. Dies cedere dicitur, quando obligatio nascitur; Dies venit, quando peti potest cum effectu *l.* 213 *de V. S.* Jam cum in diem confertur obligatio (fit hoc expresse vel tacite, ut quando locus adjicitur; nam tunc id tempus subintelligitur, quo ad locum istum perveniri queat, §. 5. *h. t.* ratione itineris civiliter aestimata *l.* 137 §. 2. *de V. O.*) dies cedit confestim, quia statim debetur. *d.* §. 2. *l.* 38. §. 16 *et l.* 46 *D. eod.* Cujus rei effectus nobilis est, quod is, qui in diem debet, si ante diem solverit, quamvis per errorem, solutum tamen repetere nequeat. *l.* 10. *de condict. indeb.* Similiter, quod in diem debetur, recipit novationem, *l.* 5. *de Novation.* et potest constitui *l.* 3. §. *ult et l.* 4. *de pecun. constit.* Tamen Ulpianus in *l.* 41. §. 1. *h. t.* diem adjectum efficere scribit, ne praesenti die pecunia debeatur, scilicet efficaciter ut peti possit, quod ante diem non posse fieri, adseveratum est. *l.* 42. *eod. et. l.* 44. §. 1. *de O. et A.* Imo nec ipsa quidem die adjecta recte agitur ad petendum, sed postridie demum quia labente adhuc die, creditor queri non potest, quod ad diem sibi non sit solutum, ita ut dies illa tota debitoris commode relinquatur. *d.* §. 2. *et d. l.* 41. *pr.* Unde sequitur, debitorem faveri temporis sibi indulti renunciare posse, crediterique, licet invito, ante diem solvere posse, *l.* 50. *do O. et A. l.* 70. *de Solut. d. l.* 137. §. 2. *do V. O.* nisi id actum esse appareat, ut dies creditoris commodo penderet, *l.* 17. *do R. J.* veluti, si quis vere bovem emerit in autumno tradendum, et a Patrefamilias mactandum, ut fit. vid. *l.* 15. *de ann. leg. l.* 17. §. 3. *de usur.* Qui tamen ante diem agit, non agit nihil, sed male, *l. un. in fin. Quand. di. usufr. leg. ced.* aliquando etiam recte, modo citra executionem. *l.* 1. *C. do sent. quae sine cert. quant.* Sand. 1. 4. 3. ut cum jus futurum pendet a jure praesenti; veluti, cum res est vendita tribus pensionibus die primae pensionis elapsa, reliquas etiam petere licet, executione ad usque dies terminorum venientes dilata.

4 (c) Igitur dies nec inchoat neque tollit aut finit obligationem; sic enim est ratio Juris nostri, ad tempus non posse deberi §. 3. *h. t.* adeo ut is, qui denos annuos quoad vivet dari stipulatus est, jus petendi denos quotannis ad heredem suum transmittat: qua in re differt a Legato annuo, quod morte legatarii finitur. *l.* 16. §. 1. *do V. O. l.* 11. *de Ann. leg.* Differentiae ratio videtur, quia testator annuum in vicem alimenti destinare creditur, cujus ratio cum persona cessat; qui autem stipulatur, jus commodumque suum absolute spectat. Facultas, quae plene perfecteque nobis competit, qualis est ea quo ex contractu nascitur non potest esse temporalis, quia tum plana atque perfecta esse desineret. Loquimur de ejusmodi contractibus, in quibus id agitur, ut aliquid juris perfecti ab altero in alterum transmittatur; Nam alioqui multos contractus temporali conventione constare manifestum est, ut commodatum, depositum, pignus, locatio et similes; verum in his nihil juris absoluti transferre volunt contrahentes. De prioribus igitur verum est, obligationem certis finitisque modis tolli; quos inter tempus non numeratur *l.* 44 §. 1. *de O. et A.* Inter Legatum atque stipulationem hoc quoque discrimen extat, quod stipulatio anoui sit una atque ab origine dumtaxat aestimetur, *l.* 16. §. 1. *de V. O.* annuum legatum sit multiplex singulisque annis novum Legatum censeatur. *l.* 11. *de ann. leg.* Tametsi vero subtilitas juris obligationem in perpetuum ultra tempus expressum producat, ratio tamen aequitatis manifesto refragatur, ideoque is, qui post tempus petere pergit, exceptione pacti vel doli mali submovabitur. *d.* §. 3. *h. t. l.* 56. §. 4. *eod. tit.*

N. ANNOT

Vere dixit Autor subtilitate juris obligationem ultra tempus expressum produci, et

(b) *Pos.* 7. *et seqq.* (c) *Pos.* 13.

quidem addendum erat subtilitate juris parum proficua. Nam commodatum sane, depositum, locatie etc. temporali conventione constant, et obligatio ad legatum annuum praestandum extinguitur morte legatarii. Sunt quidem et responsiones, quibus ostenditur ratio disparitatis inter càsus allatos, et casum theseos, qualis est illa, quam modo dedit Autor. Sed et hae magis subtiles quam utiles. Haec jam tum per modum Scholii addideram positionibus. Ergo hic fuere repetenda, praeprimis cum Autor tacendo veritatem observationis hujus agnoscere videatur.

5. (d) In stipulatione conditionali dies nec cedit, neque venit, nisi post conditionem existentem, quia nec prius obligatio ullo modo nascitur, sed tantum spes est debitum iri, §. 4. *h. t.* idque in omni genere conditionis obtinet. *l.* 99. §. 1. *l.* 115. §. 1. *et* 2. *de V. O. et l.* 108. *eod. tit.*

SCHOLIUM.

Ergone pendente conditione promissorem poenitere poterit? Non; quia spes est debitum iri, §. 4. Instit. h. t. *unde et ad heredem transit, secus ac in legatis, rationem disparitatis tradit Autor in* Praelect. *hoc tit. Quam ergo utilitatem praebet doctrina, in Stipulatione in diem, diem cedere statim, in conditionali non cedere, cum utrobique sint iidem effectus. Et omnino ii, quibus sub conditione aliquid debetur, etiam creditores dicantur!* l. 42. pr. de O. et A. vid. Not. ad *Strauch.* diss. 14. th. 11. p. 158. *Sed adsunt differentiae, quas collige* ex l. 10. *junct.* l. 16. pr. et l. 56. de cond. indeb. *item* in l. 3. §. 2. *junct.* l. 19. de pec. const. *item* in l. 5. *juncta* l. 14. §. 1. de novat. *et passim.*

At conditio negativa; *si hoc vel illud non feceris*, impedit obligationem, quamdiu certum non est, eam nullo modo extituram; hinc talis, si in Capitolium non adscenderis, perinde se habet, ac si dictum foret, *cum mortuus fueris.* §. 4. *h. t.* Talia autem; si Titiam non duxeris in uxorem, cum aut ipse vel illa decesserint, pro impleta habebitur. Sed ultimas voluntates plenius interpretamur, ut is, cui sub conditione negativa aliquid relictum est, petendi jus habeat, si cautionem praestiterit, *se non facturum quod facere prohibitus est*, quae cautio *Mutiana* vocatur. *l.* 7. *de C. et D.* Denique, in hoc ab ultima voluntate differt stipulatio, quod spes obligationis conditionalis transeat in heredes contrahentium, qui, existente conditione, exinde agere et conveniri possunt, §. 4. *l.* 57. *D. eod. tit.* cum Legata conditionalia morte Legatarii ante conditionem existentem penitus extinguantur, ut notum ex *l.* 4. *et* 5. §. 2. *Quando dies legat. ced.* Ratio est, quia stipulationes, ex eventu quoque suspensae, vires tamen e praesenti capiunt *l.* 26. *de stipul. server.* Legata secus, scilicet ex eo demum tempore, quo incipiunt deberi. *d. l.* 4. *et* 5. Paulus hoc discrimen collocavit in *l. ult. Commun. praedior. Nec enim*, inquit, *sicut viventium, ita et defunctorum exitus suspendi receptum est.* Sensus erit; Naturae contractuum id est conveniens, ut suspensionem recipiant; ideoque, conditione adjecta, nihilominus ab origine sua, non a tempore conditionis aestimatur: quia conditio bene convenit cum obligationis Natura. Defunctorum actus non suspenduntur naturaliter, quia mors est ultima linea rerum; proinde cum testator voluntatem suam expresse vult suspendi, tunc non statim velle videtur, quia voluntas tum statim effectum habere debebat: sed ea demum pro voluntate habebitur, ubi eventus ille, quem signavit, extiterit. Unde legatarius conditionalis, pendente conditione, non est creditor, stipulator conditionalis interim creditor est. *l.* 42. *pr. de O. et A.* Caeterum conditio, quae in praesens vel in praeteritum tempus confertur, quia vere conditio non est, ut *tit. de hered. instit. n.* 7. diximus, vim quoque non habet obligationem suspendendi, verum id quod promissum, statim aut debetur aut non debetur; tametsi quod ad scientiam attinet partium, simili modo se habet, quo proprie conditionalis, si enim liqueat deinde, rem ita se habere, valet quod est promissum; si secus, non deberi intelligunt. §. 6. *h. t.*

6. (e) Actio ex stipulatione dicitur vel ex stipulatu in specie, vel condictio certi. Actio ex stipulatu datur, quando id quod promittitur, incertum est. *pr. h. t.* Scilicet, ubi non apparet, quid, quale, quantumque sit in obligatione; velut, si genus stipuleris, nisi quod optimum in eo genere est, exprimatur, *l.* 75. *in pr.* §. 1. *et* 2. *de V. O.* alternativa quoque incerta est, nisi dictum sit, *utrum velis* §. 8. *d. t.* 75. Qui usumfructum certi fundi stipulatur, de incerto contrahit, propter incertam fructuum aestimationem §. 3. *ibid. Hoc enim magis Jure utimur*, ait Ulpianus, indicans rem non carere dubio; Nam alibi scriptum est, legatum usufructus velut certum haberi, *l.* 8. *de usufr. ear. rer.* respectu scilicet aliarum rerum magis incertarum; aut ita, res incerta est ratione fructuum, qui sunt incerti proventus,

(d) *Pos.* 14. *et seqq.* (e) *Pos.* 18. *et seqq.*

certa res est, si jus ipsum intueamur. Promissio tritici, vini, aut olei, quod in illo horrea est, pro certa habetur, *l.* 75. §. 5. *de V. O.* adde *l.* 30. §. 4. *ad L. Falcid* *l.* 7. §. 1. *de Contrah. empt.* quanquam Theophilus exemplum rei incertae hujusmodi ponat, ὁμολογεῖς διδόναι μοι τὰ ἐν τῷ κιβωτῷ, ἢ τὰ ἐν τῷ ὀρρίῳ; *Promittis mihi dare quae sunt in ista arca sive in illo horreo?* Qui vero fieri vel non fieri stipulatur, incertum stipulatus intelligitur, §. 7. *d. l.* 75. §. *ult. h. t.* veluti fossam fodere, domum aedificare; modo non sint *praestationes certorum* contractuum, qui omnes quidem facti sunt, voce generaliter sumpta, *l.* 7. §. *ult. de Curat. fur.* sed heic loci stricto sumitur factum, ut opponitur dationi et praestationi, qua de re dictum ad *fin. tit. de Obligat.*

Scholium.

Videtur Auctor respicere ad commodatum, depositum etc. et maxime mandatum. Sed mallem adduxisset exemplum stipulationis, in qua factum promittitur, quod non possit referri ad alium quempiam contractum seu nominatum seu innominatum. Conf. not. ad tit. 14. n. 25.

Responsio.

Exempla, cujusmodi petit, haec sunt: Romam ire, servum manumittere, bonas artes docere, causam agere similesque species. Nec enim ad Contractum referri possunt nominatum vel innominatum, quamdiu stant intra terminos promissionum, sine datione vel interveniente facto.

N. Addit.

Hic initio supplendum est Scholium nostrum, cum Autor eam notam ad tit. 14. n. 25. *ibi inserere omiserit. Ita vero ibi dixeram. Pactum nudum late acceptum et contractui oppositum, iterum est vel nudum in specie*, de quo vide n. 11. hic, *quod plane non producit actionem; vel vestitum, quod producit quidem actionem, sed non vi sua, verum per adminiculum extrinsecum vel specialis legis vel contractus cui adjicitur, unde pactum vestitum iterum est vel legitimum vel adjectum.* Conf. infra in Pand. ad tit. de pactis. *Caeterum cum inter pacta legitima etiam referatur pactum donationis*, *l.* 35. §. ult. C. de donat. *inde videtur nullum exemplum ne quidem jure Justinianeo remansisse; pacti in specie nudi, quod nullam producit actionem* vid. Kulp. Colleg. Grot. ad libr. 2. cap. 11. th. 1. lit. e. *Sed cogitandum tamen, annon, quia donatio saltem ad dandum tendit, possimus exempla invenire pactorum nudorum factum aliquod tale, quod non in causam mandati incidat, gratis et sine repromissione intendentium. Aliud exemplum cape:* dabo tibi centum ut servum manumittas. *Quamdiu nondum dedi (et in genere in contractibus innominatis et realibus, quamdiu ex parte neutra aliquid datum vel factum est) est pactum nudum.* l. 27. C. locati. *Jam ad responsionem Autoris, quam videtur ex ipso hoc scholio nostro ejusque verbis finalibus, quamvis parum apte petiisse. Etenim exempla quae affert, ad contractus innominatos plane referri nequeunt (non solum in eo casu quamdiu stant intra terminos promissionum, sine datione vel interveniente facto) quia non sunt promissa mutua, sed ex una saltem parte. Hoc vero supposito non video, cur ea facta non possint referri ad contractum mandati. Quid enim impedit, quominus tibi mandare possim ut Romam eas, servum manumittas, bonas artes doceas, causam agas etc. Vel enim hic mea interest, vel non est. Si prius, erit meum negotium, adeoque ad mandatum referri potest. Si posterius, ne quidem stipulatio valebit, quia exceptio* tua non interest, *poterit opponi cuilibet agenti.*

Quod si promissor non faciat, tenetur in id quod interest, quod sine dubio incertae aestimationis est, constans duabus partibus, eo quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l.* 13. *rat. rem. hab.* quod utrumque facti esse, ut ait *l.* 24. *de R. J.* et probationis saepe difficilis, res ipsa loquitur. Peti autem potest id quod intersit, ubi tempus elapsum fuerit, intra quod illud factum ab homine haud negligente potuit impleri. *l.* 14 *l.* 72. §. *ult.* *l.* 84. et *l.* 137. §. 3. *de V. O.* Praestando autem id quod interest, an promissor liberare se possit, est gravis Quaestio. Qui factum promisit, veluti insulam aedificari, fossam fodi, tabulam pingi, an ad ipsum factum cogi possit, an vero praestando id quod interest liberare se possit. Posterius frequenti calculo probatum est ab recentioribus, quos citat et sequitur Wissenbachius noster, *ad tit. ff. de V. O. th.* 8. Aliter sentiunt pauci, quippe boni, Cujacius ad *l.* 72. *h. t.* Coral. 2. *miscel.* 3. Bronchorst. 4. *antin.* 41. Perez. *Erotemat. ad* §. *ult Inst. h. t.* Quibus meum calculum addo lubens, inprimis hoc motus argumento, quod hic nulla civilis causa sit, cur fidem datam frangere liceat; nam quod dicitur, ad factum posse neminem cogi, intelligo sane, actiones voluntarias hominum imperari ab externa causa non posse, nec quemquam, si animum ad contumaciam obduret, ad

faciendum aliquid subigi; nec id quidem in dationibus aliisque praestationibus fieri potest, ut aliquis id, quod non vult dare compellatur; quia dare, praestare, non minus est actus voluntatis quam facere. Sed contumaces civiliter cogi dicuntur, quando remedia illis Praetoria adhibentur in hunc finem, ut adsensus eorum exprimatur; veluti pignorum capio, missio in possessionem, mulctae dictio, manus militaris, denique carcer. Nihil vetat quominus is, qui facere non vult, quod facturum se promisit, iis remediis constringatur; rumpit enim aequo fidem, ae is, qui dare recusat, quod debet. Jam qui his modis adfici potest, is utique tenetur ad faciendum praecise, alioquin illa remedia applicari non possent. Si jam nulli sint textus quibus eximatur obligatio facti a servandae fidei necessitate, palam est, executionem eam consequi debere. Reperio quidem in variis legibus, ubi non sit factum, quod fieri debebat, in id, quod interest agi; sed haec est quasi poena ejus, qui fidem non servat: quemadmodum omnes, qui contractus violant, aliter quam eo, quod interest plecti nequeunt; inde vero minime inferre licet, actorem, si malit ipsum urgere factum, id facere non posse. Prorsus, ut de emptore dictum est alias, eum, si venditor rem non tradat, in id, quod interest agere: ex quo tamen minime sequitur, eum quoque rei ipsius traditionem si velit, petere non posse; *infra ad tit. Inst. de contrah. empt.* Enimvero hoc res ipsa loquitur, si res debeatur, possessionem ab invito auferri; Qui vero factum debet, eum ad faciendum, si nolle perseveret, ipso actu cogi non posse: sed ad hanc disputationem sufficit dictum, posse debitorem facti a judice condemnari ut faciat; † cui si non pareat, ejusmodi exequendae sententiae modos adhiberi, quales natura negotii recipit. Sic heredi fiduciario necessitas imponitur adeundi restituendique hereditatem, qua de re sic fere disseruimus, ut heic factum. *tit. Inst. de fideicom. heredit.* Nec secus omnes, qui testamento aliquid facere jussi praecise ad faciendum tenentur. *l.* 11. §. *ult. de Legat.* 3. Adde omnino *l.* 28. *de Donat. verbis cogendum eam patrem defendere.* (1)

S C H O L I U M.

Regula notissima est; in obligationibus dandi neminem liberari praestando interesse, si dare possit. At in obligationibus faciendi, liberari aliquem praestando interesse, nec ad factum cogi posse. Et quidem posterior assertio nititur l. 72. de V. O. l. 13. §. fin. de re judic. arg. l. 71. §. 2. de C. et D. l. 2. de hom. lib. exhib. Adde Wissenb. l. c. et Struv. Ex. XLVII. th. 12. *Eam impugnat Aut.* h. l. *secutus Corasium, Cujacium, aliosque a Wissenb* d. l. *citatos; sed nobis verior videtur prior sententia.*

RESPONSIO.

Quid est in d. l. 72.? Ubi, quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, et justa aestimatione facti dandam petitionem. *Quid est in his verbis, quod non abunde sit occupatum? Nihilo plus* in l. 13. in fine de Re jud. Qui non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *Quia res ibi non potest auferri, non datur alius exitus, ut dictum.* L 71. §. 2. de C. et D. *agit de facto quod libertatem corrumpit, unde ne quidem actio in id, quod interest. Idem ad* l. 2. de hom. lib. exhib. *tenendum. Scholiastes instat; Ratio*, Id quod interest, esse loco poenae, *petit principium. Minime, inquam. Quaeritur an is, qui factum promisit, in id, quod interest teneatur. Affirm. Opponuntur leges citatae dicentes, Qui non fecit, in id, quod interest tenetur. Resp. Si ad faciendum non teneretur actio non daretur neque condemnaretur. Qui condemnatur, isne liberari dicendus est? Propter textum, qui dicat, eum qui non facit liberari, aut optionem habere, quod est nusquam. Nihil hic est* τοῦ ἐν ἀρχῇ. Vid. Wissenbach. *ad tit. ff. de Verb. oblig. th.* 8.

N. A D D I T.

Potuisset super sedere Auctor et hoc Scholio et hac responsione, cum jam in fine praefationis ad Lectorem ad Scholia mea mutaveram sententiam meam in verbis: Ipsemet meliora edoctus non raro muto sententiam, et in iis mutare non desinam, in quibus ab Autore recessi, si rationes praegnantiores afferri viderim. In quibusdam etiam jam tum mutavi, ut in iis, quae ad Instit. *tit. de V. O. Posit.* 24. ostavi.

(1) *Hanc quaestionem prolixe et solide tractat Thomasius dissertat. sing. an, qui factum promisit, liberetur praestando id, quod interest.*

† Si cui quadam sententia alicujus facti praestatio injuncta, praecepto Executivo constringendus est, ut sub poena ex Judicis arbitrio expressis verbis injuncta, faciat id, quod in jurisdictione ultimum est, intra quatuordecim dies: Si non pareat, nec dilationem impetret, quae non sine sontica causa, nec nisi semel concedi debet, exigenda est poena, et contumax graviori mulcta, dato iterum quatuordecim dierum spatio, coercendus, immo etiam carcere, et aliis mediis coactivis hic utendum est, lib. ratione per praestationem ejus, quod interest, penitus sublata. *O. P. S. E. J. et E. tit* XXXIX. §. 2.

7. Caeterum, qui sliquid so non fanturum promisit, is tum tenetur, quando contra quam promiserat fecit, *l.* 2. §. *pen.* *l.* 4. *de V. O.* Difficultas autem illa probandi id, quod interest, ut ovitetur, solent factorum stipulatores poonas adjicere, ut, nisi fiat quod promissum est, is, qui moram committit, certam pocuniae summam dare praestaro debeat, §. *ult.* *h. t.* a qua tamen poens faciendi, quod convenerat, perinde ao ab eo, quod interest, liberari possa videtur, quoniam poena vice locove ejus quod interest fungitur, *d.* §. *ult.* idque perinde, ante litem contestatam dumtaxst; Nam post litem contestatam poenae jam petitiono facta, novatio quaedam intelligitur, uti non fsctum amplius, sed pecunia sit in praestatione. *l.* 31. *de V. O.* *arg.* *l.* 11. §. 1. *de novat.* Igitur ante litem contestatsm, nulla per stipulationem poenalem novatio facta censetur, sed et debitor factum, de quo principaliter coovenit, implore potest, et creditor, si nolit ad poenam, agere potest in id, quod interest. Quoties enim poena ad alium contraotum adjecta est corroborandum, tunc sut id, de quo praecipue est actum, aut poena post moram recte petetur, *l.* 115 §. *ult.* *et* *l.* 122. §. 2. *de V. O.* ita ut creditorem alterutra actione contentum esse oporteat, nisi in una sit plus quam in altera per *l.* 41. *et seq.* *l.* 71. *pro soc.* *et* *l.* 47. *de Action. empt.* Sand. 3. *decis.* 4. *defin.* 4. Saltem in penu legata cum adjectione poenae ab herede solvendae, si non praestet eam, peculiariter receptum est, ut, si heres in mora sit penum solvendi, confestim poena peti, neque ad rem petendam regredi possit. *d.* *l.* 115. §. *ult.* *et* *l.* 1. *pr.* *de penu leg.* juncta *l.* 24. *Quando dies Legat. cod.* Atqui Papinianus, *Si navem fieri stipulatus sum*, inquit, *et si non fecerit, centum: videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio num tollat priorem, an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat, quod magis verum est* *l.* 44. §. *ult.* *de O. et A.* Praeter aliorum conciliationes, non videtur mihi abs re, Papinianum id quaerero videri, utrum duae sint actiones separatse, ita ut, poena commisss, non tollatur sctio principalis; sa vero poenae commissum sbsorbeat actionem primam, ut sic poena exercita qussi novationem inducat, neque post ejus solutionem ad rem principalsm sgi possit, quod est simpliciter verum et modo a nobis dictum.

TIT. XVII.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

I. Quid sint duo rei, et quomodo fiant. II. Quo fine et effectu constituantur. III. Num qua sit inter correos actio. IV. In aliis quoque causis fieri saepe duos reos.

(a) Saepe fit ut duo in solidum obligentur, aut singuli obligstionem solidam adquirant, idque ad evitandum incommodum scindendae actionis in partes. Qui hoc modo contraxerunt, hi *duo rei* dicuntur, tam stipulandi qusm promittendi, ut creditores otiam *rei* dicantur, antiquo usu Latino apud Festum, et Ciceronem 2. *de orat.* ubi, *rei sunt omnes, quorum de re disceptatur:* et Pomponius in *l.* 5. *de V. O.* *ex conventione reorum*, inquit, id est, partium, cum alioqui communiter Rei dicantur οἱ φεύγοντες *fugientes* et qui in jus vocsntur. Duo rei stipulandi fiunt, cum duobus separatim eamdem rem stipulantibus, debitor una voce utrique se dsturum spondet. Duo rei promittendi, quando creditori distincte, at continua oratione, duos interroganti, respondent illi se daturos vel facturos. *pr.* *I.* *h.* *t.* *l.* 2. *et* *l.* 3. §. 1. *cod.*

2. (b) Finis, ut dictum, ac simul hujus rei effectus est, quod singuli totum petere debitum ac singuli de toto conveniri possunt, §. 1. *h.* *d.* *l.* 3. §. 1. sic tamen, ut si unus debitum exegerit sut petierit, alterius actio pariter cesset; item, si unus debitum acceptum tulerit *d.* *l.* 2. *in fin.* si unus debitori jusjurandum detulerit, *l.* 27. *et* 28. *de jurejur.* si unus novaverit, *l.* 31. §. 1. *de Novat.* cui intestabiliter adversari creditur Paulus in *l.* 27. *pr.* *de Pactis.* ut σφόδρα βούλεται Cl. Wissenbach. 2. *Pand.* *disp.* 28. *th.* 10. nisi forte dicas, alterum correorum posse novare, id est, ex una aliam facere; non posse novare, id est, tollere obligationem, ita ut nihil pro debiti substsntia maneat. (1) Caeterum, paciscendo unus alteri nullum creat praejudicium, *arg.* *d.* *l.* 27. *in pr.* quia *in stipulationibus jus, in pactis*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. *et* 4.

(1) *Nisi malis dicere, quod Paulus in* l. 27. pr. *de pact. per alium, intelligat* alium *ab argentario aut correo diversum, cui recte quidem solvi possit, jus vero novandi non sit, uti sam L. exponit D. Noodt de pact. et transact.* cap. 28. *circ. fin.*

versatur factum, ut ibidem §. 2. hoc est, per stipulationem qua fit novatio et acceptilatio, tollitur ipsamet obligatio, vi juris, sine respectu certae personae, sed pactum est nuda conventio inter duos, nullum habens juris affectum, nisi quatenus ab eo, qui pactus est in judicium deducitur, quod cum facti sit personalis, alii quam personae isti applicari non potest.

S c h o l i u m.

Conf. Wissenb. ad ff. h. t. th. 25. *Ex ratione, quam suppeditat Autor, videtur inferendum, hodie etiam per hoc praejudicari alteri, quia hodie pactum ex moribus actionem producit et adeo obligationem ipso iure tollit.*

Responsio.

Quaenam haec ratio? Non puto pactum de non petendo moribus hodiernis obligationem ipso jure tollere. Pactum. ik sal u niet manen. *petitionem quidem tollit, sed obligationem et ejus instrumentum penes Creditorem relinquit: unde si contra convenerit*, ut patatur, *continuo hodieque reviviscet obligatio. Secus etiamnum erit in acceptilatione*, Quytscheldinge, *quia haec ipsam tollit obligationem.*

N. A d d i t.

I. Ratio haec vult: Quae ipso jure tollunt obligationem, ea, si ab uno reorum acta sint, nocent alteri. Pactum de non petendo non nocet, quia demptum ope exceptionis. Hujus ultimi ratio est: Quia stipulatio producit actionem, ideo et acceptilatio per Stipulationem facta tollit eam ipso jure. Sed quia pactum jure Romano actionem non producit, ideo nec ipso jure tollit. II. Aperte Autor obligationis termino, in sensu vulgari et a regulis artis alieno utitur, pro instrumento obligationis. III. Eadem inconvenientia miscet acceptilationem Romanam, quae fiebat verbis ore prolatis, cum scriptura quietantiae. IV. Quemadmodum si per acceptilationem debitum fuerit sublatum, ipso jure tollitur obligatio, i.e. Praetor non dat formulam agendi, sed de negotio ipso cognoscit, etsi instrumentum obligationis manserit apud Creditorem, ita etiam idem erit dicendum de pacto de non petendo etc.

3. (c) Jam si unus solidum petierit, vel solidum exegerit, vel solidum unus solverit, nonne lucrum illud aut onus communitor ab illis feretur, ita ut exactor pecuniam cum suo correo communicare, et debitorum alter suam partem ei, qui solvit, refundere debeat? Equidem cum nullum inter correos qua tales negotium sit gestum, mero jure fieri non potest, ut actio inter eos nascatur, idque firmatur ex *l. 62. pr. ad L. Falcid.* nisi vel socii sint, vel pecunia in communes usus impensa sit, de quo casu agere videtur. *l. 2. C. de duob. reis.* vel ex causa communi onerosa nascatur obligatio, vel eum Vice mutua fidejusserunt, aut actiones sunt cessae, vel denique, si aliter inter eos convenerit (vid. Giphan. *ad tit. C. de duob. reis.*) tametsi aequitas praestantissima velit, nunquam non aliquid dandum esse remedii. (adde Parez. *ad d. tit. n.* 12.) Adeo autem singuli correi in solidum tenentur, ut nec alter conventus divisionis beneficio consequi possit, uti pro sua tantum parte conveniatur, ne quidem si pro se invicem fidejusserint, *l.* 11. *in pr. h. t.* quod mutatum ab Justiniano in *Nov.* 99. *c.* 1. ubi statuit eos, qui ἀλληλεγγύως υπεύθυνοι, id est, *reciproca fidejussione sunt obligati*, non aliter in solidum teneri, quam si diserte id expressum sit, atque expresso, tamen singulos in solidum non teneri, nisi alter inops sit vel absens. Unde apparet, authenticam ex *d. N.* 99. parum prudenter *d. l.* 2. *C. de duob. reis* esse subjectam.

4. (d) Caeterum, in stipulatione quidem imprimis Correi debendi constituuntur, neque tamen eo, quod stipulatio moribus hodiernis exolevit, putandum est, correos quoque debendi hodie nullos amplius fieri. Nam et quavis simplici promissione, imo et aliis contractibus, velut in emptione, locatione, deposito, commodato aliisque, jure constituuntur, *l.* 5. §. *ult. D. commod.* imo et testamento, si testatar dixerit, *Titius et Maevius Sempronio decem danto l.* 9. *h. t.* Scilicet, ubi id actum esse apparet, ut singuli solidum deberent; alioquin heredes pro partibus de Legato teneri, tralatitium est et scriptum in *l.* 17. *cod. tit.* qua de re non est hic locus agendi prolixius.

(c) *Pos.* 5. *et* 6. (d) *Pos.* 7.

TIT. XVIII.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

(s) In institutionibus caput proprium est de stipulationibus servorum, quod cum axigui sit usus, paucis absolvandum. Stipulari et contrahere non aliter potest servus quam ax persona domini, quando ipse personam, id est facultatem civi compatentam, nullam habat. *pr. h. t.* Proin domino etiam adquirit, sau soli, seu conservo, sive impersonaliter stipuletur, §. 1. et si plurium sit communis dominorum, singulis pro portiona dominii adquirit; nisi nomine vel jussu unius sit stipulatus, cui tunc videlicet soli quaerit. §. *ult.* Dumtaxat in stipulationibus facti placuit, si quid servus, ut sibi fanara liceat, stipulatus sit, quod hoc ille solus, non dominus facere possit. §. 2. *h. t.* etenim illa positio, quod ex persona Domini servus stipulatur, ex rarum jure proficiscitur, a facti simplicitate alianum ast: interim illa facta, quorum jus adquiritur servo, ad arbitrium utilitatemque domini esse dirigenda, res ipsa loquitur. Da sarvo hereditario, cujus Dominus est mortuus, nullo adhuc herede existanta, dubium erat, posset ne stipulari, quia noc personam neque dominum habaat, sad placuit haraditatem parsonae dofuncti vicem sustinare, *pr. h. t* ut et alibi dictum: unda sequitur, intarea sarvum heraditati adquirere, id est, eventu inspecto, haradi futuro. *d. pr. in fin.* Proinde, si dixarit, heradi futuro se stipulari, nulla causa est quara non ax ea stipulatione hares postea existens agera possit, *l.* 28. §. *ult. de stipul. servor.* quanquam nomine haradis futuri expresso, servus non recta stipulatur, quoniam in tompore stipulationis hares non est, ideoque error in parsona commissus vidatur, *l.* 16. *eod. tit.* quae sic cum *d. l.* 28. consentit.

TIT. XIX.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

I. Ratio divisionis in Judiciales et Praetorias, secundum jus vetus et novum. II. Exempla utriusque speciei. III. Quae Communes. IV. Quae Conventionales.

(a) Divisio stipulationum paculiari quoque titulo a Justiniano tractatur. Species sunt, Judicialas, Praatoriae, Communas, Convantionales, *pr. Inst. de divis. stipul. l.* 5. *in pr. de V. O. Judiciales sunt, quae a mero Judicis officio*, §. 1., Praetoriae, *quae a mero Praetoris officio proficiscuntur.* §. 2. *ibid.* Praatores et judicas ax disciplina Juris antiqui opponabantur. Praetor enim non tam judicabat, quam judicium jubabat, ut Cicero 3. *de LL.* loquitur. Ad ipsum fiebat in jus vocatio, actionis editio, aliaque πρῶτα judiciorum; ubi ad causae disceptationem ventum essot, dabat judicem, qui cognosceret sententiamque farret, quam ipse dein exquabatur, adeoque apud Praetorem fiabant, quae hodie dicuntur anta litam contestatam; apud judicem, quae post litis contastationem fiari dicuntur. *l. un. C. de litis cont.* Quanquam autam Praator aliquando in Pandectis judex appallatur. *l.* 1. *et l.* 81. *de judic. l.* 11. *de jurisd. et l.* 41. *de minor.* nihil tamen notius ast, quam nomina Judicum simpliciter prolata, intelligi non Magistratus, *l.* 2. *de R. J.* sad datos, delagatos, padanaosque judices. *l.* 46. *de judic. l. pon. Judic. solvi. l. ult. de off. praet. l.* 4. *de tutor. vel cur. dat. l.* 3. *Ne quis eum, qui in jus voc. l.* 5. *de off. Praes.* Postaa Magistratus ipsi judicare suot jussi; nisi quatanus multitudo negotiorum eos subigeret, aut in lavioribus causis aliis permittaretur, *l.* 2. *et l. ult. C. de ped. jud.* (1) Unda Judicum nomen cum Magistratuum appellatione converti coepit, ut indicat Rubrica *Cod. de jurisdictione omnium judicum* quod mori Romano, Paodectis cognito, penitus adversum erat. Praetoras igitur tampore Justiniani pariter judices arant, quemadmodum hodieque omnes, qui res judicant, tam ea quae ante, quam quae post litem contestatam peraguntur, gubernant. Divisio taman et definitio vetus, a diffarentia officii Judicum et Praetorum patita, suparaat adhuc in hisce vocibus, ne mutatio confusionem pareret. Interim etsi hic

(a) *Pos.* 1. *et seqq.* (s) *Pos.* 1. *et seqq.*

(1) *Conferri meretur pro expositione* l. 2. C. de pedan. jud. *D. Noodt de jurisd. et imp.* lib. 1. cap. 2.

terminis hodie utimur, tamen notandum, judiciales esse jure novissimo, quae praestantur in judicio sive post litem contestatam; Praetorias, quae in jure, sive ante litem contestatam.

2. (b) Exempla judicialium referuntur in *d.* §. 1. veluti de Dolo cautio, quae praestatur ab eo, qui ad rem restituendam condemnatus est, cavetque, se rem cum omni causa sine fraude redditurum, aut se nihil dolo in ea re perdenda vel corrumpenda admisisse, ut exemplum est apud Theophilum, *l.* 45. *de R. V. et. l.* 9. §. 5. *et* 7. *Quod. met. c.* item de persequendo servo qui in fuga est, cujusmodi cautio dicitur ab eo extorquenda, qui hominem per vim extorsit. *l.* 14. §. 11. *eod. tit.* Denique de pretio restituendo, si res ipsa dolo, vel culpa adversarii non restituatur, neque possit; ita et coheredes in Judicio familiae erciscundae cavent de aestimatione pro cujusque parte reddenda. *l.* 25. §. 10. *famil. ercisc.* addo *l.* 7. *et* 12. *Si servit. vind.* Praetoriae referuntur *in* §. 2. *h. t.* et prima quidem damni infecti est, quando Dominus aedium ruinosarum promittit vicino damnum, quod ex ruina contigerit, id se praestiturum. *l.* 7. *pr. de damno inf.* Ex quo discimus, si non caveatur, tunc vicinum qui *metuit damnum*, mitti in possessionem aedium ruinam minitantium. Alterum Praetoriae stipulationis exemplum est, Cautio Legatorum, qua heres promittit Legatariis et fideicommissariis ea, quae sub conditione vel in diem relicta sint ipsis, die vel conditione existente, praestitum et exsolutum iri, *l.* 1. *pr. et tit. ut Legat. seu fideic. servand. caus. cav.* Cum autem Praetoria haec stipulatio sit, ante litem contestatam opponi debet, posteaque cessat, *l.* 1. §. 9. ut tamen et in Judicio appellationis, si in prima instantia omissa fuerit, exigi possit. *l.* 5. §. 1. *eod.* Ad Praetorias stipulationes cautio quoque usufructuaris refertur, de qua dudum habuimus, *l.* 7. *Usufruct. quemad. cav.* item aedilitiae stipulationes, *d.* §. 2. *h. t.* quatenus aedilitium jus sub Praetorio comprehenditur. §. 7. *I. de Jur. Nat.* Sunt autem aedilitiae stipulationes, quae ex Edicto Ædilium proficiscuntur, quod super emptionibus venditionibus promulgatum fuit, ut venditores repromitterent rem non esse vitiosam, pecus non esse morbosum, rem habere licere, *l.* 21. *de Ædil. Ed.* de quibus, ut et de reliquis Edicti aedilitii capitibus, alibi accuratius.

3. (c) Communes sive mixtae stipulationes sunt, quae aliquando ex jurisdictione, quandoque ex officio Judicis proficiscuntur, velut *in* §. *ult. h. t.* recensentur stipulatio rem pupilli salvam fore, de qua dix. *supra*; quae quidem ut plurimum citra litis contestationem praestatur, aliquando tamen, si prius praestita non sit, etiam post eam, ut apud Theophilum. De rato stipulatio, quam praestat Procurator actoris, de cujus mandato dubitatur, *l.* 1. *C. de Procurat.* similiter plerumque ante litem contestatam interponitur: tamen si post coeptam litem ratio dubitandi emergat, etiam tunc postulari potest. per *l.* 1. *C. de Ord. judic.*

4. (d) Denique species quarta, licet a Justiniano in *in hoc tit.* ordine tertia collocatur, est conventionalium stipulationum, quae cum neque judicis neque Praetoris jussu, sed partium sola conventione ineantur, nomen inde suum mutuatae sunt; Earumque totidem genera esse, quot rerum contrahendarum, ait Imperator in §. 3. *in f. h. t.* Quid? An stipulationes tam late quam cuncta negotia civilia patent? Quid igitur de caeteris contractibus? Eo scilicet hoc pertinet, quod supra diximus, stipulationem esse πανδέκτην, omnibusque negotiis subjici firmandis et stabiliendis.

(b) *Pos.* 7. *et* 6. (c) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 9. 10. *et* 11

TIT. XX.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

I. Undenam vitientur stipulationes, et quae sint inutiles ratione personarum. II. De obligatione pupillorum. III. Quid si pupillus ex contractu sit locupletior. IV. Ratio quare pupillus naturaliter obligetur. V. Minores anni XXV. etiam civiliter obligari. VI. Patrem non posse a filio, nec filium a patre stipulari. Nec quemquam alteri. VII. Alteri stipulari aliquem posse si ejus intersit. VIII. Quae stipulationes sint inutiles ratione rerum. IX. De promissione dationis aut facti alieni, vel turpis. X. Quae sint inutiles ratione formae stipulandi. XI. De impossibili conditione stipulationi adjecta. XII. Te conditione si voluerit debitor. XIII. De stipulatione sine causa. XIV. Quid si interrogatio et responsio non conveniant. XV. Quid si non praecesserit interrogatio. XVI. De stipulatione cum moriar etc. remissive. XVII. Spem obligationis transire ad heredem, et de stipulatione in diem.

(a) De stipulationibus hisce conventionalibus, ingens adhuc caput apud Justinianum sequitur, *de inutilibus stipulationibus*, quod nos compendii causa ad tres articulos reducemus. Inutiles enim sunt stipulationes vel ratione personarum contrahentium, vel rerum promissarum, vel denique formae stipulationis. Ratione personarum; (b) primo, si muti, surdi, furiosi, infantes, stipulantur aut promittunt. §. 7. 8. 9. *h. t.* Prodigus et pupillus infantia major potest quidem uterque stipulando adquirere, sed promittendo, obligare se non possunt. *l.* 6. *de V. O. et A.* §. 9.

2. Sed quatenus naturaliter aut civiliter pupillus obligetur, mira est legum *ἐναντιοφανία* et Interpretum dissensio, de qua vid. A. Matth. *disp.* 19. *fundam. jur.* aliusque passim. Videmur simpliciter defungi posse ita; Pupillus semper obligatur naturaliter, nunquam civiliter, nisi cum obligatio ex re venit. Prima thesis est in *l.* 21. *ad L. Falcid. l.* 64. *pr. ad SC. Treb. et l.* 1. *in fine de novat.* etiamsi non sit locupletior pupillus. *l.* 25. §. 1. *Quando di. leg. ced.* Sed quia haec obligatio a legibus infirmatur et ipsis effectibus, quos alias habet naturalis obligatio, privatur, ideo in quibusdam locis ne quidem naturalis obligatio existere dicitur. *l.* 41. *de condict. indeb. et l.* 59. *de O. et A.* Frequenter enim, quod effectu caret, non esse dicitur, ut quod in diem debetur, utique et ante diem debetur, §. 2. *I. de V. O.* at non deberi Ulpianus ait in *l.* 41. §. 1. *eod.* quia interim inefficaciter debetur. Altera positio, quod civiliter nunquam obligetur pupillus, est in *l.* 43. *de O. et A.* et ubicunque simpliciter obligari negatur. Limitatio, nisi cum obligatio *ex re venit*, habetur *l.* 46. *de O. et A.* Quid velit, *ex Re*, dubium est; plerique ajunt, ex maleficio et quasi contractu; de maleficio est textus in *pr. I. de obl. quae ex del.* de quasi contractu simpliciter non est verum, quia pupillus non tenetur ex hereditatis aditione, §. 1. *de auct. tut.* et condictione indebiti, §. 1. *I. quib. mod. re contr. obl.* neque si alterius negotia gesserit, quia hoc ex facto, non *ex re* venit; quos omnes esse quasi contractus, constat *ex tit. I. de obl. quae q. ex contr.* Malim dicere, *ex Re*, id est, *ex ipso negotio*, sive, cum intrinsecus negotii natura actionem suggerit, ipsaque rei aequitas eam dictat, licet nulla conventio intervenit; Sic Imp. *in d. princ. de obl. quae ex delict.* verba *Ex Re* interpretatur *ex ipso maleficio.* Perinde ut impensas pro pupillo factas tutor, vel negotiorum gestor, vel qui res communes habet, repetat, id *ex re*, hoc est ipsa negotii natura competit.

3. (c) Eodem retulerim, si pupillus ex contractu sit locupletior; nam et tunc *res ipsa* maxime dictat eum teneri, ne ex alieno ditescat. *l.* 14. *de condict. indeb.* Ergone et Re et civiliter obligatur, quatenus est locupletior? Sic *puto*, licet pauci ita scribant. Quod *ex Re* teneatur penes quem *res* aliena vel commodum *rei* extat, satis est liquidum. Perinde quod civiliter; Neque enim dari potest exemplum, quo ex contractu actio detur efficax in foro civili, quae non sit ex obligatione civili; Actionem autem hoc casu in pupillum cuivis esse dandam, D. Pius rescripsit *l.* 5. *in pr. de aut. et cons. tut.* Atqui omnis obligatio naturalis lege vel constitutione firmata et vi actionis praedita, transit in civilem, ut sunt pactiones legitimae. *l.* 6. *de pact.* Quis enim ex pacto hypothecae, donationis, constituti, negat obligationem nasci civilem? Ergo ut pacta per se naturaliter obligant, lege accedente

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 9. (c) *Pos.* 10.

civiliter, eic ot pupillus usturaliter obligstur, loge eccedeote civiliter; et sio pupillus oaturaliter obligatur, cum est locuplotior, *d. pr. l.* 5. sed rescriptum D. Pii iodiest, nou tantum oaturaliter, sed etiam eiviliter, et sio verba *d. l.* 5. oibil obstant; fundamentum actiouis e D. Pio datao est naturale, sed proxima causs eivilis. Actio autem illa, ubi ex nominato cootractu non datur, est propria condictio ex Lege, quae datur, cuio Lex naturalem obligationem vi sctioois informat, cui nomon nou tribuit. *l. un. de cond. ex L.* Sed cum ex slio contractu descendit, tuoe utilis est ex eodem contractu, quia cum D. Pii rescriptum de aliis nou loquatur, JCti id eo exteoderunt *l.* 3. *commod.* et *l.* 66. *in fin. de solut.* Ex quo videmus actiones utiles non tantum dici, quae ad imitationem legum dautur ot legibus accommodantur, sed et cum ipsae ex lege actioues aliis speciebus applicautur: Actio iu pupillum est directa, uempo coodictio, quia ex verbis D. Pii oritur. Si commodati agatur, tunc fit utilis, quia commodati actionem D. Pius uon dedit, sed JCti applicarunt. *d. l.* 3. *commod.* Uode mioime sequitur, pupillum hoc casu civiliter uon obligari ut Tim. Faber colligit *disp.* 8. *th.* 12. Ubinam legimus actiones utiles minus ex civili causa esse quam directas? Et reliquae D. Fabri rationes, bis bene perceptis, facile removontur. Quod alii in hac materia inter pupillum infantem et non infantem distinguunt, id abs re est, quia in infantem termini habilee obligetionis nulli cadere possunt. Nam nec civilis ooo naturalis ratio patitur, eum, qui rationis usu caret, ex sua conveotione aut facto obligari, oc quidem naturaliter, ut res ipsa loquitur.

4. Ratio cur pupilli naturaliter, obligeutur, et jure civili tameu non modo novum oou accedat vinculum, sed hoc ipsum naturale dissolvatur, est haec; quia ex simplicitate naturao omnis expressa declaratio aoimi de jure iu alium transferendo promittentem obligat, ut egregie docet Grotius *l.* 2. *c.* 11. igitor cum pupilli haotenus ratione utaotur, ut quod sibi promittitur sciant, sibique alios stipulando obstringaot, natura docet, ipaos aeque teneri ad exequendum id, quod scioutes promiserunt, licet non sint locuplotiores sed damnum passuri; addo argumentum e contrario ex *l.* 10. *de R. J.* Sed quia cooaultum non est, ut tenella aetas ex lubrioo oris damuo multetur, quod secus est in aliis, qui ipsis polliceutur; Lex eam qualemcunque obligationem merito enervavit agendique facultate destituit.

5. (d) Sed an puberes sive minores anni 25. civiliter obligantur? Sio traduot Modestious in *l.* 101. *de V. O.* et Paulus in *l.* 43. *de O. et A.* Rationem reddit elegantem A. Matth. *d. dis.* 19. ex doctrina Volteji, quod obligatio sit jus mere personale *et in porsonam dirigatur*, *l.* 3. *de O. et A.* pupilli autem persona sit tutori obnoxia, non persona puberis curatori, quia hic rebus, oon personis detur, *l.* 8. *C. do nupt.* quod alii verum esse dicuot, verum de his iu quibus de statu personarum, nec utique de patrimonio agitur, ut in nuptiis; sed obligationis plerumquo finis est alieoatio, quae perinde his qui curatorem quam, qui tutorem habent, est ioterdicta, quod probaot per *l.* 3. *C. de integr. restit.* Quae Lex claro docet, eum, qui curatori subest non posso obligari, quia comparat eum cum prodigo, cujus promissionem nou valere, notum est ex *l.* 5. *de R. J.* et *l.* 6. *de V. O.* et quia addit, minorem sine curatore constitutum in integrum restitui. Ergo curatori subjectus nou egat restitutione, quod signum est contractum non valere et ipso jure tutum esse minorem. *l.* 3. *in fin. C. de Tut. vel cur. qui sat. non ded.* Unde liqueat, haec verba *d. l.* 3. contractum *servari non oportere*, idem esse, quod *non valere.* Et citatam *l.* 101. *de V. O. l.* 43. *de O. et A.* loqui de puberibus, qui curatoribus carent, quos inviti recipere nou coguntur, §. 2. *I. de curat.* cum verba *d. l.* 101. *sine curatoribus suis*, non hanc vim habeant, ut tutores, qui sunt, significent; sed qui esse solent et destinantur iis. Verum haec responsio *ad l.* 101. aliis merito displicuit, eo quod haec verba, *Curatoribus suis* possessorium praesens significent; ideoque hi criticam manum adhibent, unius literulae mutatione sic legentes, *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligare*, pro *obligari.* Ita Vir. Cl. *Georgius Cunradus Crusius*, Antecessor olim Lugdunensis Batavise. Sed mali exempli est, ob ancipites controversias suo placito terminandas, mutare Lectiones: praeter quod vox *obligare*, sine regimine sensum suspendens, ut requiras *quem* obligare dicatur, offendit aures in hoc loco. Re exacta, sunt plano textus in *d. l.* 101. *l.* 43. *O. et A.* validiores quam ut sola *lex* 3. *C. de in int. rest. min.* adigere nos possit ad mutationem lectionis Florentinae et receptae *d. l.* 101. Dicemus igitur ita; Minorem obligari, sed cootractum Ro, id est cum effectu alienationis, propter Curam, eaque durante *non esse servandum.* Sed hac finita, si minor non restituatur in integrum, obligationem vivere et in ducere actionem. Argumentum a re contrarium integrum ex *d. l.* 3. facilius subjectus in vertitur. Minor etiam

(d) *Pos.* 11.

integrum restituitur. *l.* 2. *et* 3. *C. Si Tutor vel Curator interven.* Cui eutem restitutio applicatur, éum obligati positum est recte, ac ideo subjectum Curatori aeque oocessum erit obligari ex ratione juris; at sine effectu alienationis. (1) Sed usu temporum vix est, ut alia quam naturalis obligatio e Mioorum cootractibus oriatur. Saod. 3. 1. 1.

6. (e) Pater porro non potest a filio stipulari, nec filius a Patre, quooiam a se ipsis stipulari videreotur propter vinculum et uoiooem Patrioe potestatis; * idemque de servis. §. 6. *h. t.* Sed propter vioculum ejusdem potestatis filiusfamilias Patri et servus domino stipulari potest, cum elioqui nemo alii, in cujus potestate non est, recte stipuletur, *l.* 38. §. 17. *et l.* 45. *de V. O.* non stipulari, inquam, neque pacisci, *l.* 73. §. *ult. de R. J.* oe quidem Pator filio, *l.* 17. §. 4. *de Pact.* nisi filius sit heres Patri, *l.* 33. *eod.* quaoquom et alias doli exceptio prodest filio, cui pacti exceptio negatur. *l.* 21. §. 2. *de Pact.* Sed stipulatio, quam Pater fecit filio, tota Patri adquiritur, quia stipulatio juris, pactum facti est, §. 4. *h. t.* qua de re explicatius agendum est *ad tit. ff. de Pact.* Hinc si quis sibi et amico stipuletur, pro parte tantum stipulantis valet obligatio; sed qui sibi aut Titio stipulatur, is totam sibi adquirit obligatiooem, Titii persona cum hoc tantum effectu adjecta censetur, quod ei, invito quoque stipulatore, io utilitatem tamoo ipsius solvi possit; quae facultas, lite cum stipulatore priocipali cootestata, aut capitis diminutione personae adjectae, intercidit. (2) *d.* §. 4. *l.* 38. *in pr. et l.* 57. §. 1. *de solut.* Alioqui persooam odjectam nec ultro petere, nec oovare, nec acceptum ferre posse, ex eo liquet, quod stipulaoti jus obligatiooïs soli quaeritur, *l.* 10. *de solut.* Ratio autem quare alii per alium obligatio adquiri nequeat, redditur in §. 18. *h. t. Inventae enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque adquirat sibi quod sua interest. Caeterum, si alii detur, nihil interest stipulatoris.* Quae ratio Juris est magis civilis, quam naturalis; neque enim naturaliter quicquam impedit, alium per alium fieri locupletiorem. *

S c h o l i u m.

Vide Wissenb. ad tit. ff. de Pactis th. 18. *ubi in fine e Guidone Papa, Hotomanno, Christinaeo et aliis notat, moribus hodiernis, vel paciscendo, vel legem dicendo, vel stipulando, alterum alteri cavere posse, et ita subtilitatem jurisprudentiae Romanae esse sublatam.*

R e s p o n s i o.

Mercaturae causam in quibusdam casibus id est receptum: ut in cambiis, cum mercator stipulatur sibi, aut exhibitori literarum dari. Generaliter id ita esse receptum, non putamus; sed opus est cessione. Voet. ad §. 4. n. 2. *Sand.* de act. Ces. *c.* 2. n. 12.

N. A d d i t.

Pro Wissenbachii sententia facit Mevius P. 4. Dec. 112. n. 5. *Brunnem.* ad l. 25. ff. de Pactis n. 3. *Pro sententia Autoris, Hahn.* ad Wesenb. h. n. 4. in fin. *Carpz.* P. 2. C. 33. d. 26. 27. *Harpr.* ad §. 4. Inst. hic n. 4. *eamque ulterius adjuvat, quod nec hodie tertius nostro nomine donationem sine mandato vel ratihabitione nostra valide acceptare possit, Carpz.* P. 2. C. 12. d. 20. *Stryke* in Caut. f. 3. c. 9. §. 2. in fine. *Ego jam sic distinctione conarer dissensum conciliare: Quatenus illa regula fundata est in jure gentium, quo quilibet regulariter curat negotia sua non aliena, eatenus haud dubie observatur in praxi, et huc pertinet casus de acceptanda donatione. Quatenus vero Romani eam regulam nimis subtiliter extenderunt, ut olim per liberos homines nulla valeret adquisitio, ut tutor non posset nomine pupilli hereditatem adire, ut in cessione actionum etiam necessaria esset procuratio in rem suam etc. eatenus verior est sententia Wissenbachii.*

7. (f) Indicat autem praedicta ratio, quoties stipulaotis interest, toties valere stipulatiooem, ut exemplo tutoris a contutore suo stipulaotis rem pupilli salvam fore, et domini stipulantis Procuratori suo, et debitoris creditori, in §. 20.

(e) *Pos.* 12. *et seqq.* (f) *Pos.* 16. *et seqq.*

(1) *Eleganter et solide de hac quaestione disserit Zach. Huber. dissertationum* lib. 3. *dissertat.* 5. Cap. 1.

(2) *Si scilicet per capitis diminutionem statum in deterius mutaverit: nam si ad meliorem statum pervenerit, puta si, alieni juris cum esset, sui juris factus sit, adhuc ei solvi poterit.* l. 56. §. 2. ff. de V. O. *Vide Donell. ad* l. 55. de V. O.

* Nec in Saxonia Contractus inter filium et patrem, in cujus potestate est, subsistit, *a Dec. El.* 23. ad quam vid. Phil. *Obs. un.* atque ita pron. *Supr. Cur. Prov. Lips. Term. Crus. A.* 1700. conf. dicta *ad t. 9. L.* 1. §. 2. *p.* 14.

et locis παραλλήλοις, in *l.* 38. §. 17. *et* 23. *de V. O. et l.* 22. *C. de donat.* declaratur. Quod autem procurator Domino suo stipulatur, id dominus, ni cessio interveniat, petere nequit, *l.* 49. §. 2. *de adquir. vel amitt. poss.* nisi duobus casibus, l. *ex re domini. l.* 68. *de Procur.* II. Si praesente domino *l.* 79. *de V. O.* stipulatus sit. Idemque in Procuratore militis *l.* 26. *de Reb. cred.* Qui praesunt aliorum personis aut rebus, officii sui ratione pro illis stipulari possunt, ut exercitor e contractu Magistri, et Dominus tabernae e contractu iostitoris, si ab his suum servare nequeant, agere possunt, *l.* 1. *in f.* cum *l.* 2. *de Instit. act.* ejusque exemplo, quod Procurator vendit, ex eo dominus agit et tenetur. *l.* 13. §. 5. *de action. empti.* Item e contractibus administratorum, actorum, tutorum, curatorum, datur actio eivitatibus. *l.* 5. §. *pen. de pecun. constit.* Servus pupilli, aut publicus, aut quicunque a Praetore datur pupillo, solet rem ejus salvam fore stipulari. *l.* 2. 3. *et* 4. *in pr. Rem. pup. salv.* scilicet, ut actio utilis, non ut directa detur, *dd. ll.* adde el. Wissenb. 1. *Pand.* 9. *th.* 18. Caeterum, quod subtilitate juris prohibitum est, id commento Jureconsultorum reperit facultatem; si is, qui alii vult adquirere, in casum quo promissor non det, sibi poenam stipuletur, quam sua scilicet interest sibi praestari. §. 19. *h. t.*

8. (g) Secunda inutilium stipulationum Causa a rebus ipsis desumitur, quo pertinet primo, si promittatur res, quae non est in commercio, ut sacra, religiosa, publica, universitatis, liber homo; cujusmodi res non debentur, etsi postea coeperint esse in commercio, imo licet hae conditione promissae fuerint, si extra commercium esse desierint; quia, si prius in commercio fuerint, postea exemptae sint, irrita fit stipulatio. §. 2. *h. t.* Multo magis id de rebus quae plane in rerum natura non sint, capiendum, ut si quis hyppocentaurum, vel phoenicem avem promittat, aut hominem jam mortuum, aliterve rem extinctam. §. 1. *h. t.* At si qua res non existat quidem, *sit* tamen, ut in scholis argutantur, hoc est, existere queat, illius promissio, veluti fructuum futurorum, subsistit, *l.* 73. *de V. O.* quod, si qualitas rei addatur, cujus natura capax non sit, idem erit, ac si res ipsa non esset, ut si modios centum tritiei stipuleris, qui singuli pondo centum pendeant; ejusmodi enim neque stipulatio, neque Legatum valebit. *l.* 7. §. *ult. de trit. vin. vel ol. leg.*

SCHOLIUM.

Non modii, *ut vult Glossa* in casu *l.* 7. *sed* tritiei grana; *Ergo forte legendum* singula. *Id innuunt verba subjecta rationem decisionis continentia*, quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non esset. Conf. Aut. ad h. t. de tritic. vin. vel ol. leg. pos. 2. *Quid si ergo testator de modiis locutus fuerit? Legatum valere puto, quia determinatio modiorum dependet ab arbitrio humano.*

RESPONSIO.

Haec crisis parum vehementer se probat; verba sunt d. l. 7. §. 1. Tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant: *quomodo ibi singula? Ut grana, de quibus nihil est dictum, subintelligantur? Tu tene modios, qui non possunt esse pondo centum in rerum natura: nam modius est tertia pars amphorae, quae fuit vas portatile. Proxime accedens, ut voce, ita quantitate ad id, quod nos een maet; nec enim modius ita sumitur apud Romanos, ut quantitas ejus pro arbitrio variet humano, quod* scholium *velle videtur.*

N. ADDIT.

Ego adhuc subsisto. Etsi enim durior sit emendatio, si loco, qui singuli, *legas*, quae singula, *suadet tamen adhuc talem emendationem ratio subjuncta in scholio descripta, cujus periphrasis ab Autore hic tradita, an vehementer se probatura sit genuinis legum interpretibus, dubito. Neque enim dixit JCtus, tales modios non esse in rerum natura, sed ejusmodi triticum. Etsi porro modius sit tertia pars amphorae, amphora tamen, quod sit vas portatile, etiam est ex impositione hominum. Caeterum quantitatem modiorum aeque variasse apud Romanos eredo, ut apud nos, imo et amphoras. Et cum adeo tota mensurarum natura dependeat ab arbitrio humano, adhuc puto legatum ejusmodi valere, nec dici posse tales modios non esse in rerum natura, quod nec dixit JCtus.*

Æque inutilis est rei nostrae stipulatio, sive absolute, sive in casum, quo nostra esse desinet, *d.* §. 2. quemadmodum nec rei alienae stipulatio valet in eum casum, quo nostra futura sit, §. 22. *h. t.* quoniam id aliquo modo implicat, ut causa dominii adquirendi, qualis est stipulatio, contrahatur in casum dominii jam velut adquisiti.

(g) *Pos.* 2. *et seqq.*

9. (h) Praeterea dationis aut facti alieni promissio non valet, quoniam, ut nemo praeterquam sibi recte stipulatur, ita nec quisquam nisi a semet promittere potest, §. 3. *h.* quippe res ipsa monstrat, ejusmodi promissum, *spondeo Cajum tot aureos daturum*, esse elusorium. neque enim promissor tenetur, quia se non obligavit, *l.* 83. *pr. de V. O.* neque Cajus, siquidem alius per alium non potest obstringi. *l.* 3. *C. ne ux. pro mar.* Quod si factum dationemve alterius a sua persona suspenderit, veluti, se effecturum curaturumve ut alius det vel faciat, tum valide tenetur, *d.* §. 3. neque liberatur nisi reum locupletem offerat, quod si non praestet aliquem paratum solvere, judicium ipse accipere et satisfacere debet. * *l. ult.* §. 1. *de Reb. cred.* Caeterum, qui promisit per alium non fieri, quominus rem habere liceat, qui alium Judicio sisti, ratamve rem habiturum promisit, *l.* 38. *pr. l.* 81. *de V. O. l.* 73. *pr. de leg.* 1. non tam alienum, quam suum factum pollicitus intelligitur, *dd. ll.* perinde qui alium constituit soluturum, is non tenetur quidem, *l.* 5. §. 4. *de pec. constit.* sed qui alium constituit pro se fidejussurum, is tenetur, quia suum factum constituit, nempe se daturum sponsorem. *l.* 14. §. 2. *d. t.* Plane de re turpi non valere promissionem, tralatitium est, §. 24. *h. l.* 26. *et sequ. de V. O. l.* 7. §. 3. *de Pact.* quod non modo ad ea, quae jure gentium, sed et jure civili prohibita sunt, pertinet, etsi jusjurandum intervenerit. *l.* 5. *C. de LL.* Et quidem ipso jure nullam esse rei turpis promissionem, dicunt *textus citati.* Ejusmodi est conventio de successione viventis, quo votum alienae mortis et festinatio contra jus gentium intendi videtur, *l.* 61. *de V. O. l. ult. C. de Pact.* nisi ille, de cujus successione alii paciscuntur, consenserit, ac in eo consensu usque ad mortem perseveraverit, *d. l. ult.*

10. (i) Tertia inutilium Stipulationum caussa petitur a forma illarum, tam externa in conceptione verborum, quam interna in consensu utriusque consistente. Hunc quod attinet, commune id stipulationi cum aliis est, quod dissensus in substantia contractus eum reddit vitiosum, *qualis est, si de alia re stipulator senserit de alia promissor*, §. 22. *h. l.* 83. §. 1. *l.* 137. §. 1. *de V. O.* aut si quis eum Titio se rem habere putans, Cajo promittat. *arg. l.* 9. *in pr. de hered inst. l.* 1. *de jud.* Secus esse juris, si in nomine vel stipulatoris vel rei promissae sit error, clarum est et docetur in *l.* 32. *de V. O.* Imo licet in materia aut qualitate sit erratum, veluti aes si fuerit, aurum quod putabatur, valet stipulatio, *l.* 22. *de V. O.* quanquam emptio venditio ejusmodi errore vitiatur. *l.* 9. §. *ult. de contrah. empt.* Rationem differentiae, petitam a discrimine actionum bonae fidei et stricti juris, refellit *l.* 57. *de O. et A.* et quod in pignore, licet bonae fidei contractu, §. 28. *I. de action.* idem quod in stipulatione obtineat. *l.* 1. *de pignor. act.* Rectius dixeris, in venditione pretium rei conveniens deberi; proinde, ut is, qui pro auro pecuniam promisit, aes pro illa accipere teneatur, enorme erat: in stipulatione, quia pretium non datur, potius interest stipulatoris aereum habere vas quam nullum. Quae ratio non evertitur per ea, quae suggerit Cl. Wissenb. *disp. ad Inst.* 35. *th.* 8. Haec ratio, cujus auctorem laudat Donellum, ex iis, quae supra de stipulationibus dicta sunt, *facile,* inquit, convellitur, ubi ostensum, stipulationem pendere ex negotio contracto, et aliis obligationibus firmandis adjici solitam. Enimvero fit quidem ita, ut stipulatio contractibus aliis ipsique adeo emptioni accedat, verum si nihil quam confirmationem faciat, tum nullam praestationem novam adfert, neque mutat naturam emptionis venditionis. Ideoque res loquitur, quando stipulationem apponimus venditioni, non intelligi stipulationem, quae est accessio venditionis, sed quae donandi aliave simili causa interponitur.

11. (k) Denique ad consensum pertinet, quod impossibilis conditio adjecta stipulationi illam vitiat, ut et alios omnes contractus, §. 11. *h. l.* 31. *de O. et A.* ubi et ratio redditur, *quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.* Sed quare non testatoris ea perinde cogitatio creditur, ut nihil agi velit, cum impossibilem ponit conditionem, secus ac alias dictum ad §. 10. *supra de hered. instit.*? Videtur, quod suprema declaratio facta in testamento, minime irrita habenda sit ob adjectionem quamvis ineptam: Atqui promissio et acceptatio hinc inde facta sub conditione, quae fieri nequeat, conjungi et colligari non potest, sed abit in jocum, qui in homine moribundo

(h) *Pos.* 6. 7. *et* 8. (i) *Pos.* 20. *et seqq.* (k) *Pos.* 26.

* Conf. *Dec. El.* 42. Atque sit in casu, quo quis in alienationem feudi, se Domini consensum praestaturum esse dixerat, *Fac. Jur. Lips. m. Nov.* 701. It. quo quis Caji ratihabitionem *anzuschaffen* promiserat, *Supr. Cur. prov. Lips. term. Trin.* 704. *pronunciavit,* vid. Menck. *ad h. t.* §. 2.

actumque tam solemnem ordinante, quique nihil cum alio, sed omnia solus agit, intelligi nequit. Haec autem ita, si tota conditio in genere suo ἐκ τῶν ἀδυνάτων sit, non si res ipsa possibilis existens aliquid sibi repugnans contineat, ex quo praepostera stipulatio dicatur, veluti, *si navis cras ex Asia venerit hodie dare spondes?* Nam licet absurdum videatur, ante conditionem, id est prius quam obligatio nascatur, donationem velle fieri, tamen qui promisit: *si navis cras venerit*, ille tenebitur vi stipulationis heri factae, §. 14. *h. l.* 25. *C. de testam* ubi et in ultimis voluntatibus hoc obtinere statuitur. Simile exemplum est in *l.* 64. *de V. O.* Stipulatio, *si Titius Consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes*, non modo valet, sed conditione existente, inde a die stipulationis recte petentur pensiones, quod repetitur in *l.* 126. *eod. tit.* Scilicet, etsi verba in hisce perplexari videntur, mens tamen contrahentium, quominus effectum habeat, nihil impedit.

S c h o l i u m.

Mallem has dicere praeposteras. per l. 25. C. de Testamentis. *Ubi dispositum, quod et in testamentis valere debeant, ut Auctor quoque notat. Perplexae exemplum cape* ex l. 16. de cond. instit. *quae uti testamentum vitiat, ita multo magis stipulationem. Quaenam vero sit differentia inter perplexam et praeposteram, conferenti utriusque exempla facile patebit.*

12. (l) Stipulationem factam sub conditione, *si voluerit debitor*, inutilem esse, docet Ulpianus in *l.* 46. §. *ult. de V. O.* sed, *cum volueris*, ita factam valere docet idem §. *praeced. penult.* Rationem reddit in *l.* 17. *eod.* Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata *conditione*, quanquam alioquin inter *si* et *cum* nihil interesse dicitur. *l.* 45. §. 3. *eod.* (3) Quid autem hic in eventu practico interest, quem semper juris studiosum in conspectu oportet habere, ne inania verborum, quo nihil ab arte Juris alienius, sectetur? Existimo, si is, qui promisit, *cum voluero*, sine nova stipulatione et absente quoque stipulatore profiteatur, se velle solvere, tum actionem esse natam; quae, ubi dixisset, *si voluero*, non nasceretur. Hoc ita, si stipulatio sit donationis causa, non si adjecta sit alii puro contractui; tunc enim post mortem promissoris omnino datur actio. Sand. 3. 9. 1.

13. (m) Huc denique et illud pertinet, quod stipulatio sine causa, hoc est sine habili negotio ad contrahendum non valet; nec enim hoc est speciale verborum obligationi, sed exceptio doli hoc respectu generalis est, *l.* 2. §. 3. *de dol. mal. et met. except.* nec adeo ex instrumentis obligationum, quae causam non habent, jus dicitur, nisi causa aliunde probetur aut praesumatur. Carpzov. *def. for. p.* 1. *Const.* 17. *def.* 35. *l. pen. de fid. instrum.* Sponsiones tamen de rebus futuris non turpibus, causa non carent, ut putat Herbaj. *c.* 1. *rerum quotid.* sed contentio illa de re licita sat causae est quam stipulatio mutua sequitur. *l.* 108. *de V. O.* Sand. 3. *decis. t.* 9. *def.* 1. Huc referendae adsecurationes hodie usitatae inter mercatores, quibus aliquis in se recipit periculum alienarum mercium pro certa mercede: nam est sponsio haec incerti eventus, sub stipulatione certae pecuniae, qua de re vid. Grot. 3. *Manuduct. c.* 14.

14. (n) Ratione formae externae specialis vitiatur stipulatio, si interrogatio et responsio non conveniant, aut si in continenti ac inter praesentes factae non fuerint. Discrepantia vel dividua est, ut pro parte conveniant, partim differant stipulatio sponsioque; vel individua, ut totam obligationem aequaliter adficiat. Illius exemplum, si quis plures res stipulatione complexus sit, quarum alter aliquas tantum promittit, tum quod ad has contrahitur obligatio; nam qui simpliciter respondit, de omnibus tenetur. §. 18. *h.* Item qui stipulanti decem quinque promisit, quoniam dividua haec est summa, de quinque tenetur, *l.* 1. §. 4. *et l.* 83. §. 3. *de V. O.* secundum quae loca explicandus aut supplendus §. 5. *in pr. h. t.* Malim enim ita, quam ἀντινομίαν statuere, quod faciunt Hotom, *h.* et Corasius *ad d. l.* 1. Ant. Matthae. et Cl. Wisseob. *ad h. tit.* Verum si quis pure stipulanti conditionaliter respondit, aut in diem, vel viceversa, quoniam haec inaequalitas divelli nequit, id quoque totam vitiat obligationem, *d.* §. 5. nisi diversitas responsionis illico a stipulatore admissa sit. *d. l.* 1. §. 3. (4)

(l) *Pos.* 27. (m) *Pos.* 28. 29. *et* 30. (n) *Pos.* 31.

(3) *His vide Averan. interpret.* lib. 1. Cap. 23.

(4) *Malim cum Cujacio ad* l. 1. de V. O. *dicere, stipulationem penitus esse inutilem, si stipulanti decem quinque promiseris aut viceversa, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit, ita ut ad hanc exceptionem aptandus sit* §. 4. l. 1. de V. O. *quod colligi potest ex* §. 3. *ejusd.* l. 1. *circa fin. Quod si quis pure stipulanti conditionaliter respondeat, aut viceversa, ita vitiata erit obligatio, ut nequidem valeat, licet diversitas illico stipulatori placuerit. Huc facit locus Caji Instit.* lib. 2. tit. 9. §. 10. et 11. l. 33. §. 3. de V. O. *quam Auctor pro stabilienda sua sententia attulit, nihil pro ea facit, agit enim de casu, ubi interrogatus de* 10. *vel* 20., *respondit se daturum* 10., *quo casu valet stipulatio, quia perinde est ac si de* 10. *tantum interrogatus fuisset. Vide Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 5. h. t. n. 2. et 5.

15. (o) Id jam nihil necesse monitu est, verba utrinque requiri; adeo, ut si quis promiserit, non praecedente interrogatione, is non obligetur, ne quidem postquam solemnitas verborum sublata est, quia tamen adhuc verba requiruntur; licet aliter in pacto, ut supra dictum; nihilominus, si in instrumento sit scriptum aliquem promisisse, perinde est ac si additum esset, interrogatione praecedente fuisse responsum, quod praesumptione suppletur, §. 17. *h.* quae tamen per contrariam evidentissimam probationem convelli potest. *l.* 7. §. 12. *de Pactis.* Verborum commutatio insuper partium praesentiam ponit. Nam inter absentes facta stipulatio per epistolam aut nuntium, nullius momenti est. §. 12. *pr. h. l.* 1. §. 1. *de V. O.* Quanquam, si scriptum in instrumento reperiatur partes fuisse praesentes, huic scripturae fidem habeamus, quandiu contrarium per alia instrumenta testesque validius non evincitur, *d.* §. 12. quod faciet, qui docuerit se aut adversarium eo tempore, quo in instrumento scribitur promisisse, alio loco fuisse. Hoc enim modo indirecte is etiam, qui factum negat illud probare potest; cum alioqui per rerum naturam negatio nulla sit probatio, si tempore locove, quod objicitur, non sit circumscriptum. *l.* 23. *C. de probat.* Mornacius. ad *l.* 18. *C. de probat.* Sed de fide instrumentorum modoque probandi, alius dabitur locus. Denique responsio in continenti rogationem subsequi debet, *l.* 137. *pr. de V. O.* sic tamen ut modicum intervallum, ne quidem a mane ad vesperam non officiat, si modo alius actus non interveniat. *l.* 1. §. 1. *eod. d. l.* 137. *f. pr.*

16. (p) De stipulatione; *cum moriar, vel cum morieris, aut post mortem alterius,* vide §. 15. *et* 16. *h.* et ea quae de Legatis hoc modo relictis dicta sunt pridem, *ad* §. *penult. de Legat.* ista enim hactenus nihil a contractibus differunt.

17. Denique et hoc ad modum Stipulationis pertinet, quod superius est dictum, spem quoque obligationis, quae conditione suspensa est, transire ad heredem, non tantum ut heres stipulatoris agere, sed etiam ut promissoris heres conveniri possit, §. 25. *h. t. l.* 57. *de V. O.* Praeterea, sicut is, qui in tempus promisit, veluti hoc anno aut hoc mense, non nisi omnibus anni vel mensis partibus praeteritis ad solvendum tenetur; ita, qui simpliciter absque mentione temporis promisit, confestim potest conveniri, §. 2. *supra de verb. obl.* sed hoc tamen civiliter accipiendum est, ut actor tantum duntaxat temporis concedat reo, quantum ad traditionem aut solutionem pro conditione rei debitae commodoque debitoris faciendam requiritur. §. *ult. h. t.* Est enim incivile, creditorem statim adire debitorem eum sacco, ut ait Paulus in *l.* 105. *D. Solut.*

TIT. XXI.

DE FIDEJUSSORIBUS.

I. Quid fidejussio et ejus affinia. II. In quibus causis interponi queat. III. Dari civiles quasdam causas in quibus fidejussiones receptae non sunt IV. Requisitum fidejussionis, ne sit gravior obligatione principali, explicatur. V. Effectus fidejussionis. VI. Beneficia fidejussorum, ubi de beneficio excussionis. VII. De beneficio divisionis. VIII. De beneficio cedendarum actionum. IX. Quando in fidejussorem actio detur et in quantum. X. Fidejussorem invito creditore liberari non posse nisi per solutionem. XI. An debitor cogi possit ad alium fidejussorem in locum prioris non idonei dandum. XII. An fidejussor agere queat ante solutionem. XIII. Qui possint fidejubere.

(a) Stipulationibus merito subjicitur *Fidejussio.* Etenim Fidejussor est, qui stipulanti creditori spondet, absque novatione, sua fide et periculo fore, quod alius ipsi debet. Fit ergo per stipulationem fidejussio, §. 1. *Inst. de V. O.* qua in re differt a mandato, quando quis alii suo periculo credi mandat, quod solo consensu fit, alioqui usum per omnia similem habent, l. 32. *mand.* ut tamen in eo quoque differant, quod mandator obligationem praecedat suoque nomine teneatur, neque solvente reo aliter quam per exceptionem liberetur, quia suo ex contractu potest conveniri, *l.* 28. *Mandat.* at fidejussor nomine duntaxat alieno obligatur, *l.* 1. §. 8. *de O. et A.* unde reo principali solvente, liberatur ipso jure. *pr. Inst. Quib. mod. toll. oblig.* Per stipulationem differt etiam Fidejussor a Constitutore,

(o) *Pos.* 32. *et seqq.* (p) *Pos.* 35. *et* 36. (a) *Pos.* 1. 2. 3.

qui pro se vel pro alio intercedit ondo paoto, ut in looo dieetur. Per verba *absque novatione*, distinguitur ab expromissore, qui priocipalem peuitus liberat et solus tenotur. *l. ult. ad Sc. Macedon.* Fidejussor dieitur Adpromissor io *l.* 5. §. 2. *de V. O.* quia se promitteodo alii debitori adjungit, non elium eximit, ut facit Expromissor. Illi omnes, et inprimis Fidejussores, accipiuntur a ereditoribus, *dum curant ut diligontius sibi eautum sit*, ait Imp. *in pr. h. t.* Major quidem securitas et certitudo est in pignoribus, ut habetur in *l.* 25. *de R. J.* sed institutum fidejussorium est commodius, siquidem pignora tam debitoribus ad eaveudum, quam ereditoribus ad custodiendum molesta sunt, nec absque periculo. adde Wissenh. *disp.* 34. *ad Inst. th.* 7.

2. (b) Fidejussores io ounetis obligationibus dari possunt, sive re, sive verbis, literis, sive coosensu contractae fuerint, imo seu eiviles seu naturales fuerint, ait Imp. iu §. 1. *h. t.* Denique et in obligationibus ex delicto, *l.* 8. *et* §. 5. *l.* 6. §. *ult. h. t.* scilicet pro poena maleficii pecuniaria, non in gratiam delinquentis, ut docetur in *l.* 70. §. *ult. de Fidej.* non etiam si agatur ad poenam corpori infligendam. Potest quidem Judieio sistendi eausa dari Fidejussor, qui sub poena pecuniaria recipiat reum se stiturum *l.* 1. *et seqq. de Custod. et exhib. reor.* sed ut eventum judicii, quod ad mortem vel cruciatum corporis tendit, quisquam uomine alieno suscipiat, id civili et naturali rationi adversatur; Civili, quia Reipubl. interest maleficos ipsos, non alios pro illis affici supplicio; Naturali, quia nemo sibi vitam auferre potest, non modo non manu, sed etiam conventiono nihilo magis. Pertinet huc quod ex *l.* 13. *ad L. Aquil.* notum est, neminem esse dominum membrorum suorum, neque vitam vel corporis incolumitatem esse res, quae sint in commercio. Veteres Gentilium secus opioatos fuisse, e permissa αὐτοχειρίᾳ Damonis et Pythiae, (Val. Max. *l.* 4. *c.* 7. *in ext.*) item Codri, Deciorum, plurimisque obsidum iuterfectorum exemplis constat, quaoquam horum diversa ex jure belli ratio reddi posse videtur. De obligatione, qua quis se pro alio obligat ad carceres, vid. Bachov. *not. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 28. *th.* 4. *lit. F.* Verius autem est, nec ad vincula nec ad exilium quemquam obligari posse, quod et Constitutione Imperiali prohibitum de anno 1577. *sub. tit.* 17.

3. (c) Quin et Civiles quaedam causae dantur, in quibus fidejussiones receptae non sunt. Qualis est popularis actio, *l.* 56. *in fin. h. t.* forte eadem ratione et limitatione quam indicat *l.* 5. *de popul. act.* quod non intersit actoris pecuniarie; verum Quia Rei semper interest, ideo sicut ille procuratorem dare potest, ita quoque fidejussor ab eo datus obligabitur. Praeterea Lex, qua vir uxori fidejussorem dotis servandae causa dare solebat, abolita est in *l.* 1. *et* 2. *C. de fidejuss. vel mand. dot.* Ex quarum sententia dicendum videtur, ne quidem si a maritis sponte dentur, valere eorum obligationem, ut recte Perezius ad *d. tit.* Pignoratitia tamen cautio, stante matrimonio, non prohibebatur, *l.* 7. §. 6. *d. don. int. V. et U.* sc. fidejussoris exactio non caret contumelia. *l.* 17. §. *ult. de Testam. tut.* (1) Jure novo pignoratitia cautio nomine dotis est supervacua, quia uxor hodie tacitam habet hypothecam in bonis mariti *l. un.* §. 1. *et* 15. *C. de rei uxor. act.* Denique fidejussio neque in obligatione mere civili valet, ut stipulatione metu dolove extorta, vel sine causa contracta per *l.* 3. §. 1. *de pec. constit. l.* 14. *de compensat.* Neque in ejusmodi mere naturali, cujus jure civili nullus est effectus, * ut quae a pupillo, furioso prodigove contrahitur, *l.* 6. *de V. O.* quanquam si adversus hosce tenest obligatio, veluti eum ex Re venit, *l.* 46. *de O. et A.* fidejussio nihilo minus valet, *l.* 25. *h. t.* si modo ita solvi potest ille nodus, quo committitur citata *l.* 6. *de V. O.* cum *d. l.* 25. (2).

(b) *Pos.* 4: 5. *et* 6. (c) *Pos.* 7. 8. 9. *et* 10.

(1) *Confer. hic Hein. in nat. ad Vinn. ad* §. 1. h. t. n. 1.

(2) *Vide hic omnino Joseph. Averan. interpret.* lib. 2. cap. 7. *ubi citatam* l. 25. *de fidejuss. clare et solide explicat.*

* Fidejussor ergo Mulieris sine Curatore contrahentis, non obligabitur per ea, quae supra ad Tit. XIV. hujus libri monuimus. Licet enim eum ex sua fidejussione teneri, Mollerus ad *P.* 2. *C.* 15. *n.* 57. Carpz. *ad eamd. def.* 7. *et in Tractatu de Jure foeminar. sing. dec. III. pas.* 3. *n.* 13. Philipp. *Us. Pr. Inst. L.* 3. *Eccl.* 60. *n.* 11. *Hering. de fidej.* c. 10. n. 3. Wibel. *de Contr. Mul.* c. 5. *n.* 10. Stryck. *de Cautel. Cont. Sect.* 1. c. 1. §. 30. aliique asserant, rectius tamen negativae sententiae accedere videntur Berlich. *P.* 2. *Concl.* 17. *n.* 111. Brunnemann. *ad. l.* 6. *ff. de fidej. n.* 4. Mevius *ad Jus Lubec. L.* 1. *t.* 10. *art.* 1. *n.* 36. conf. Pantschmann. *l.* 1. *qu.* 5. Joh. Sam. Stryk. *de Jure singul. foemin. Hamburg.* c. 2. *th.* 34. quoniam Contractus Mulierum absque Curatore initus, nullitatis vitio laborat, *v. L.* 11. *L.* 14. *et L.* 46 *ff.* de *fidejuss.* at exceptiones principali competentes regulariter etiam fidejussoribus prosunt, *l.* 7. §. 1. *L.* 29. *ff. de except. L.* 32. *ff. de fidej.* ac exceptio SCti Vellejani quoque fidejussori haud denegatur, *L.* 16. §. 1. *ff. ad SCtum Vellej. L.* 24. *et L.* 25. *C. ead.* conf. Mich. Henr. Grioner. *dissert. Inaug. de fidejussione mulieris sine curatore contrahentis. Lips. a* 703. *hab.*

Scholium.

Conciliare hic studet d. l. 6. *cum* d. l. 25. *Sensus vero est. Pupillus, furiosus, prodigus, vel obligantur naturaliter, vel non obligantur. Obligantur ex quasicontractu, seu quoties obligatio ex re provenit. Non obligantur, si v. g. promiserint aliquid. De illo casu loquitur* d. l. 25. *de hoc* d. l. 6. *Wissenb.* ad ff. h. t. th. 7. *Sed ipse Autor dubitat, conciliationem istam tollere antinomiam. Nec sine causa. Nam.* 1. *verba* d. l. 25. quoniam his mandati actio non competit, *innuunt, Marcellum etiam statuisse, fidejussorem posse accedere promissioni pupilli vel prodigi.* 2. *Falsum est pupillum non obligari ex promisso naturaliter, per ea quae supra* ad Tit. de oblig. posit. 3. *Autor docuit. Quod si dicas,* l. 6. *loqui de obligatione naturali ex promisso veniente,* l. 25. *vero de civili ex quasicontractibus, quorsum videtur inclinare, urgebo praeter primam responsionem, etiam* §. 1. Instit. de Fidejuss. *ubi dicitur, fidejussorem quoque naturali obligationi accedere posse. Fuit ergo probabiliter dissensus inter Marcellum et Ulpianum. Sed Imperator Marcelli sententiam videtur approbasse* d. §. 1.

Responsio.

Malo jam tenere responsionem, quam concise positioni 10. *insertam non advertit* D. Thomasius. *Fidejussorem pro pupillo promittente simpliciter obligatum, non teneri; nisi id actum sit, ut si pupillus eluderet creditorem jure pupillari, hoc casu fidejussor solveret, ut de minoribus scriptum est in* l. 13. in pr. de minor. *Si* cum scirem minorem et ei fidem non haberem, non est aequum fidejussori in necem meam subveniri, *cum tamen et alibi scriptum sit fidejussorem pro minore simpliciter datum non teneri,* l. 51. in pr. de Procurat. l. 89. de Adquir. hered.

N. Addit.

Igitur jam ostendendum nec illam responsionem procedere, quia JC. in d. l. 25. fundat se in ratione generali, quoniam fidejussoribus non competit mandati actio: *ergo ista restrictio de fidejussore in hoc ipsum dato, non fuit in mente JCti. Et imo regulariter quoties minor fidejussorem dat, in hoc ipsum dare solet, unde nec haec circumstantia tanquam specialis poterit pro medio conciliandi afferri. Caeterum textus ab Autore adducti illustrant observationem meam, sc. in hac quaestione. JC. Pandectarum a se dissensisse imo nec Ulpianum semper hac parte sibi constitisse.*

4. (d) Requisitum quoque fidejussionis est, ne sit in majorem summam concepta aut gravior tempore, causa, loco, quam ipsa obligatio licet in minus et onere laxiori recte contrahatur, siquidem absurdum foret plus in accessione quam in re principali contineri; sed minus in accessione haberi non repugnat rationi, ut Caesar ratiocinatur in §. 5. *h. t.* cui adde *l.* 8. §. 7. *et* 8. *eod.* Ex qua discimus, quomodo accipienda sint verba *d.* §. 5. fidejussores ita accipi non possunt, ut plus debeant etc. Textus *in d.* §. 7. *Placuit eos omnino non obligari*, ait; idque ratio validius firmat, quae est in *d.* §. 8. quia in aliam plane obligationem accepti videntur; Si quis enim fide jubet in ducentos pro eo, qui centum modo debet, is non potest intelligi pro isto fidejubere, quia non est verum, quod ille in ducentos sit obligatus; proinde in diversam obligationem acceptus videtur, *d. l.* 7. §. 8. sed qui quinquaginta spondet pro amico qui centum debet, is recte pro illo intervenire dicitur, quoniam is, qui in centum tenetur etiam in quinquaginta obligatus est *l.* 83. §. 3. *de V. O.* Caeterum sicubi fidejussor principali debito ita se adjunxerit, ut nullo modo dubitari possit pro qua obligatione intercesserit, velut si in uno instrumento principalis et fidejussoria obligatio collocata sit, quis diceret ob fortuitum in summa exprimenda errorem, totam collabi obligationem? Vid Groenew. *ad. d. l.* 8. idque, nisi fallor, sentiunt, qui dissentiunt, quos inter Perez. *ad tit. C. de fidejuss.* et Duar. *ad tit. D. de fidejuss.* c. 3. quorum argumentis tamen respondet D. Wissenbach *part.* 2. *Pand. disp.* 27. *th.* 10. Facit huc, quod de constituto traditur in *l.* 11. §. 1. *de pec. constit.* eum qui centum debet, si ducentos constituat, in centum obligari, quia constitutum non tam est obligatio accessoria, quam repetitio praecedentis et adsignatio solutionis, ut diversa nullo modo videri queat; unde et ei, qui non est creditor, ex constituto debetur, *l.* 5. §. 2. *eod. tit.* quod de obligatione plane diversa juris ratio non pateretur: videtur haec esse media via inter utramque sententiam, qua nullo modo quidam volunt obligari fidejussorem, (3) alii indistincte in

(d) *Pos.* 11.

(3) *Et merito, uti hanc sententiam latius exponit Averan. interpret.* lib. 2. cap. 3. *vix quoque est ut temperamentum, quod Auctor hic suggerit, admitti possit, non enim propter fortuitum errorem in instrumento commissum collabitur obligatio, sed propter vitium in ipsa acceptione fidejussoris (quae verbis fit) commissum. Nec argumentum* l. 11. §. 1. *et aliorum sub tit. de* pecun. constit. *stringit, non enim agunt, de eo, qui accessorie et pro alio se obligat, quod facit fidejussor, sed de eo qui pro se constituit, qui proinde non accessorie obligatur.*

concurrentem. Nec dubitem, quin cum hoc temperamento accipiendum sit quod pragmatici in foro ad concurrentem teneri tradunt fidejussorem, qui se gravius, quam principalis reus est obligatus, devinxit, teste Vinnio *ad hunc* §. 5. Sed quod D. Voetius *heic* a Pragmaticis statui scribit, fidejussorem quoque supra debitum principale teneri, nullam videtur habere rationem. Neque enim ratio est ea quam adducit, quod hodie ex pacto nascitur obligatio et actio. Nam etsi quaelibet hodie conventio parit actionem, causam tamen oportet habeat aut animum dumtaxat donandi; at fidejussor, qui pro debitore in majorem summam ac ille debeat spopondit, neque ex causa id facit, quatenus egreditur summam principalem, neque donandi habet animum, quia fidejubere cupit, nec aliud sibi quidquam proponit. Denique, si tantum in eo sit discrepantia, quod fidejussor spoponderit in plus quam rogatus erat, non in graviorem causam ac ipse principalis erit obligatus, tum nihilo magis vitiatur fidejussio quam stipulatio quaevis, ut *ad* §. 5. *praeced. tit.* dictum; Enimvero nihil est dubii, quin ad summam concurrentem obligatio tum sustineatur, idque de fidejussione diserte traditur *in l.* 33. *D. Mandati.* (4)

5. Effectus fidejussionis idem est, qui reliquarum obligationum, ut confestim adversus eum, qui spopondit actio detur, aeque ac adversus principalem, ita ut libero creditoris arbitrio relinquatur, utrum ex illis priore loco convenire velit; itemque si plures sint fidejussores, quia singuli pro toto debito spoponderunt, singuli etiam in solidum teneantur. §. 4. *h. t.* §. 2. *I de Mandat. l.* 14. *et* 24. *C. de pignor. l.* 2. *et* 19. *C. de fidejuss.* *

6. (e) Sed quia fidejussorum usus in Republ. necessarius et tamen valde periculosus est, ut oracula sacra *cap.* 20. 16 *et c.* 27. *v.* 13. *Proverb.* nec non profana, ut Delphicum, ἐγγύα, πάρα δ' ἄτη, commonefaciunt, idcirco ad minuendum hoc periculum, ne nimium homines deterreantur, certa beneficia legibus novissimis prodita sunt, numero tria. Primum usu, licet inventione ultimum, est beneficium Ordinis sive Excussionis: quo fidejussor id consequitur, ne conventus solvere cogatur antequam debitor principalis fuerit excussus, *Nov.* 4. *c.* 1. quod beneficium datur quoque tertio possessori hypothecae creditori obligatae, ut priusquam ille pignus tradat, primum debitor principalis, dein sponsores penitus excutiantur, *c.* 2. *d. N.* 4. nisi hypotheca specialis pendente lite alienata fuerit, quo casu creditor adversus hypothecae possessorem confestim agere potest. *N.* 112. *c.* 1. *vers. si autem hoc.* Excusso igitur debitore principali neque solvendo reperto, fidejussor cum effectu convenitur. Imo statim, si excussionis termini habiles deficiant, velut, si debitor absit procul, *d. Nov.* 4. aut palam constet eum non esse solvendo, de quo Perez. *ad tit. C. de fidejuss. n.* 22. denique, si renuncietur huic beneficio. Imo etiam, si fidejussor ut debitorem principalem se obligarit, Doctores volunt eum perdere beneficium ordinis teste Gail 2. *Observ.* 28. Fachin 8. *controv.* 51. Quod tamen an ex ejusmodi simplicibus verbis recte deducatur, merito dubites, utpote quibus nihil quam quod fidejussor aeque in solidum atque debitor principalis est obstrictus, continetur; qua ratione is, qui soluturum se juravit, nihilo magis huic beneficio renunciasse videtur; adsentiente Fachinaeo 3. *controvers.* 15. Dicendum potius renunciationem debere esse expressam, ** ita ut clare liqueat, renunciantem bene intellexisse cui juri renunciaverit; quae est ratio quod *in l.* 4. §. 4. *D. si quis caution. in jud. sist. caus. fact. non obtem.* generalis renunciatio non valet, quia de ejusmodi casibus illic agitur, qui praevideri non possunt: alioqui cum renuncians bene gnarus est rerum juriumque specialium, nihil causae

(e) *Pos.* 12. 13. 14.

(4) *Hoc quoque casu vitiatur fidejussio, quandoquidem stipulatio non teneat, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit, uti observatum fuit ad* tit. praeced. n. 14. nec l. 33. *mand. contrarium probat, non enim agit de fidejussore qui fidejussit in majorem summam quam interrogatus erat a creditore, sed de eo, qui a debitore, qui v. g.* 30. *debebat, rogatus ut in* 5. *fidejuberet, a creditore interrogatus an* 10. *fide sua esse juberet,* 10. *fide sua esse jussit. Quo casu quaerit J. C. an et quatenus adversus debitorem habiturus sit mandati actionem.*

* Effectus fidejussionis etiam heredes fidejubentis tangit, qui etiam in Saxon. pro rata hereditaria obligantur; licet eorum nulla in instrumento fidejussionis sit facta mentio. *P.* 3. *C. El.* 20.

** Constitutio Elector. 1... *P.* 2. requirit renunciationem specialissimam, qua quis aut singula, quibus renunciare cupit fidejussorum beneficia commemorat, aut unum, e. g. beneficium divisionis exprimit, et reliquis simul omnibus se abdicat vid. Carpz. *ad d. C. def.* 1. 2. Non tamen exacte requiritur, ut fidejussor prius specialiter se postea generaliter renunciet, sed inversus quoque renunciationis ordo, e. g. renuncio omnibus beneficiis, mihi tanquam fidejussori competentibus, et in specie beneficio divisionis, ipsum ab usu reliquorum excludet, Carpz. *h. l. d.* 2. Sed sicuti haec specialissima commemoratio et renunciatio Jure Communi non est necessaria, vid. Mev. *P.* 9 *Dec.* 186. Schilter. *ad ff. Ex* 48. §. 29. ita etiam in Saxonia Communi eam haud videas desiderari vid. Carpz. *l. c. def.* 1. *n.* 4. j. Richter. *P.* 2. *Cons.* 375. *n.* 9. 1759.

est, cur necesse sit exprimi nominatim singulas species.

7. (f) Alterum beneficium est *divisionis*, quod datur singulis e pluribus fidejussoribus, etiam constitutoribus et mandatoribus, *l. ult. C. de Const. pec.* ne unus in solidum, sed quisque pro sua parte dumtaxat teneatur, ex epistola D. Hadriani, §. 4. *h. t. l.* 26. *eod.* quatenus scil. omnes solvendo sunt tempore litis contestatae; Nam si prius aliqui facultatibus sint lapsi, id reliquos onerare, cessante beneficio divisionis, scribit Justinianus in *d.* §. 4. Quod lito contestata secus est; id quasicontractui, qui litis contestatione committitur. *l.* 3. §. 11. *de Pecul.* adscribendum: ipse creditur tunc fidejussorem e se conventum elegisse eumque novum Reum accepisse videtur *l.* 11. *de Novat. in pr.* Primus igitur casus, quo cessat beneficium divisionis, is est, si unus aut aliqui ex fidejussoribus ante litem contestatam desierint esse solvendo, quem diximus. II. Est, si quis cum muliere fidejusserit, quia mulierem scit intercedere non posse *l.* 48. *in pr. ff. h. t.* III. Quando minor per restitutionem in integrum sponsioni subductus est, si minor *ante eum* intercesserit, is hoc beneficio non gaudet, alioqui non excluditur. *d. l.* 48. §. 1. IV. Qui pro tutore ad indemnitatem pupilli fidejussit, non fruitur beneficio divisionis, quod in favorem pupillaris aetatis placuit *l. ult. Rom pupilli salvam fore.* V. Negatur hoc beneficium *infitiantibus*, qui in judicio negare sustinuerunt se fidejussisse. *l.* 10. §. *h. t.* VI. Qui renunciavit, ut fit saepissime moribus hodiernis. Atque hi casus excepti, rursus habent exceptionem; nisi creditor ab singulis fidejussoribus partes petierit, tum actionem, quam in solidum poterat instituere, ultro ipse divisisse videtur, *l.* 16. *C. h. t.* verum ab uno partem petendo sibi non praejudicat, quominus, quod ab eo non consequitur, a reliquis potere possit. *l.* 23 *C. eod. tit.* extra quam, si is cum quo egere cupit, ante litem contestatam solvendo esse desierit, *ut dicere occupavimus.*

8. Quod si fidejussorum unus solidum solverit, neglectu, vel prius renunciato divisionis remedio is adversus confidejussores nullam habet actionem. *l.* 39. *de fidejussor.* Ideo Tertium est beneficium Cedendarum actionum, quo fidejussor, qui beneficio divisionis uti nequit, facta renunciatione, vel quod eo non cupiat uti, poscit, ut creditor, antequam solvat, sibi cedat actiones, quas creditor habet adversus fidejussores, qui tum pro suis partibus expensas illi refundere debent, *l.* 17. *l.* 36. *l.* 39. *h. t. l.* 11. *et l.* 14. *C. eod*, modo enimadvertatur, ut cessio fiat ante solutionem vel in ipso actu solvendi, aut pactum saltem de cessione faciende dum fit solutio, adjiciatur, *d. l.* 36. *et. d. l.* 11. alioquin actio solutione perempta incassum cederetur. *l.* 76. *D. de solut.* Proinde, si fidejussorum unus solidum solverit, is cum pro debitore Principali, non pro confidejussoribus solverit, nullam hos contra habet actionem, *d. l.* 39. neo si deinceps, ubi solutione perempta sit obligatio, sumpsit a veteri creditore cessionem, qui jus, quod nullum habet, jam cedere non potest. *d. l.* 76. Quod cum manifesti juris et tamen poenitendum sit, non desunt, qui cessionem cum effectu in gratiam fidejussoris fieri posse volunt, eamque eequitatem ex intimis subtiliteto juris petunt, eo quod debitoris obligatio per solutionem fidejussoris non subleta sit ipso jure, sed per modum exceptionis dumtaxat unde summo jure cedendi facultas adhuc superait, qua de re vide Sandium *de act. cess. C.* 7. *n.* 1. 4. 5. 6. t. 12. sed fatendum est, solutionem fidejussoris obligationem ipso jure tollere, quae est doctrina notissima, *pr. Inst. Quib. mod. tol. obl.* Nec idcirco aliud dici potest, quam cessionem obligationis extinctae nullius esse momenti.

SCHOLIUM

Hodie beneficio cedendarum actionum non est opus, etiam cessione non facta, utilis negotiorum gestorum actio fidejussori datur in fidejussorem, Wiss. th. 19.

RESPONSIO.

Cum moribus nostris hac de re nihil sit cautum non puto nobis a jure civili recedere tutum esse, nec satis rite omitti cessionem; facillimus alioqui juris abrogati Censor Groenewegius arbitratur ad l. 11. C. de Fidejussor.

N. ADDIT.

Ego vero sic infero. Jus Romanum Germanis non est datum. Germani habuerunt mores conformes simplicitati Juris Gentium. Cessio actionum, de qua quaeritur, orta fuit ex subtilitate JCtorum disquirentium, utrum formula negotiorum gestorum hic posset habere locum. Ergo non videndum an jus Romanum hac parte moribus nostris sit abrogatum, sed an receptum. Praeprimis cum formulae numquam inter nos usitatae fuerint. Interim propter dissentientes, tutius

(f) *Pos.* 15. 16. 17. *et seqq.*

est uti cessione, * *praeprimis eum fere consentiant, etiam post solutionem factam cessionem adhuc procedere, quod alias subtilitas Romana non admittebat.*

Huic beneficio non perinde ac reliquis solet renunciari, quia nullum creditoribus infert praejudicium. Enimvero si inferat, creditor ad cessionem praestandam non teneretur. Sand. *lib.* 3. *tit.* 10. *def.* 5.

9. (g) Actio ex fidejussione numquam datur, nisi principalis obligatio praecesserit, quia fidejussio est accessoria, *l.* 1. *et l.* 8. §. 1. *de fidejussor.* nam quod scriptum est fidejussionem praecedere posse obligationem principalem. §. 3. *h. l.* 6. §. *ult. eod.* id de promissione fidejubendi causa, non de effectu obligatorio intelligendum; datur autem actio ex fidejussione primo creditori adversus sponsorem, non eadem quae in pristinum debitorem dabatur, sed condictio certi aut ex stipulatu, tametsi aeque late ac principalis actio pateat, secundum ea, quae ad §. 4. dicta sunt. Adeo ut fidejussor in omnem causam, quatenus debitor obnoxius erat, teneatur, licet genus actionis mutatum sit, *l.* 56. §. *pen. de fidejuss.* hinc is qui, pro conductore simpliciter intercessit, in omnium pensiones annorum, tenetur *l.* 58. *pr. D. eod.* perinde si ex mora facteve debitoris res sit facta deterior aut perierit, *d. l.* §. 1. etiam in usuras et fructus, *l.* 10. *Rem. pup. salv.* nisi aliter convenerit, *l.* 2. §. *pen. de adminístr. rer. ad civit. pertin.* et in omne id, quod interest, nisi in certam quantitatem sponderе se dixerit, *l.* 2. §. *ult. Qui satisd cog.* tunc enim ne in usuras quidem condemnatur. *l.* 68. §. 1. *de Fidejuss.* Ex quibus dicendum videtur, quando non est expressum, ut fidejussor in solam sortem solamve pensionem annuam, sed in obligationem simpliciter teneatur, cum hoc ipso in omnem causam obligatum videri, quod tenendum *ad l.* 54. *Locati.* in omnem causam, inquam, quae ex eadem negotio nascitur. *d. l.* 56. §. *pen.* Convenienter, si non certum ad usque tempus, verum simpliciter sit obligatus, prorogatione termini solutionis non liberatur, de qua utraque specie videatur Sandius *lib.* 3. *tit.* 10. *def.* 4. *et* 5. Fachin. 2. *controv.* c. 88. *l.* 12. c. 30. Etenim, qui in principalem se obstrinxit, eum in accessiones quoque ordinarias et causas ipsa ex re ortas, reique cohaerentes teneri, consentaneum est. *l.* 52. §. 2. *h. t.* Caeterum, si reus principalis ob suam contumaciam in majus condemnetur, ejusmodi factum, quod pro ordinaria accessione haberi nequit, sed ex officio judicis proficiscitur, ad fidejussoris obligationem non pertinet, *l. ult. de fidejuss.* nec si reus certo loco dare obligatus, ibi solvere nolens, actione arbitraria in majus condemnetur, id gravat fidejussorem, quia et hoc personale commissum est, officio judicis aestimandum, cui fidejussor ex suo tantum facto, non aliter fit obnoxius; idque secus in usuris obtinere, auctor est idem, qui alterum illud tradit. Africanus in *l. centum Capuae. De eo quod certo loco.* Tamen eventu inspecto oneratur etiam fidejussor, quatenus officium judicis in ipsum quoque redundat. Unde veniat hoc officium judicis, et annon ex implicita obligationis natura id ipsum oriatur, alias videndum.

10. (h) Fidejussor semel datus in perpetuum obligatur, nec liberari potest creditore invito, nisi per solutionem principalis obligationis; proinde alium fidejussorem vel pignus admittere non cogitur, *l.* 45. §. 2. *Mandati et l.* 9. §. 3. *de pignor. act.* uti nec pignus fidejussore commutare, aliter quam consentiens, *l.* 5. §. 2. *Quib. mod. pign. vel hip. solv.* nihil obstantibus nec responsione dignis, *l.* 10. §. 1. *Quod met. c. l.* 25. §. *ult. de const. rec. arb. l.* 21. §. *ult. de pec. l.* 2. §. 8. *de relig.* de quibus vid. Bachov. 5. *de pignor. c.* 10. *n.* 3.

11. E contrario debitor quoque non tenetur ad alium fidejussorem in locum prioris lapsi facultatibus dandum, quia nullum inter creditorem et debitorem fidejussionis causa vinculum existit, nec aliter quam per consequentiam debitor ad satisdandum compelli potest, quatenus aut ab initio fidem aliter non impetrat, aut dein compellatus ad solvendum nec suo commodo, fidejussorem alium offerre cogitur; qua ratione creditor omnimodo uti potest; sed actio ad satisdationem per se petendam, neque initio, neque postea datur, nisi quando necessitas juris in aliquo negotio flagitat sponsionem; tunc enim, ut ab initio is a quo petitur dare fidejussorem, ita quoque si desierit esse idoneus, (non si semper inops fuerit) alium substituere cogitur. *l.* 10. §. 1. *Qui satisd. cog. l.* 4. *de stipul. Praet. l.* 20 §. *antep. de op. nov. nunc. l.* 3. §. *ult.* cum *l. seq. Ut in poss. Leg.*

12. (i) Obligatio igitur et actio respectu fidejussionis oritur inter creditorem et fidejussorem ex una, inter fidejussorem et debitorem altera

(g) *Pos.* 22. *et seqq.* (h) *Pos.* 27. *et seqq.* (i) *Pos.* 24. 25.

* Praesumitur interim ex benignitate, plerumque in foro recepta, mens fidejussoris emendi a creditore actiones contra debitorem, unde quocunque tempore istam cessionem ab ipso postulari posse, statuunt Carpz. *P.* 2. *C.* 16. *d.* 7. Brunnem. *Cent.* 2. *Dec.* 85. Zang. *d. except. P.* 2. *c.* 16. *n.* 32.

parte ; de priori diximus. Fidejussor de eo, quod pro debitore psaestitit, habet mandati actionem ad omnem indemnitatem, §. 6. *Inst. h. l.* 10. §. 11. *mand. et l.* 2. *C. eod.* nisi pro ignorante spoponderit, quo casu negotiorum gestorum actio comparata est. *l.* 20. §. 1. *Mandati.* Non posse eum convenire debitorem ad solvendum sibi, antequam ipse solverit, manifestum est *l.* 10. *C. Mand.* Ex qua tamen discimus, tres dari casus, quibus ante solutionem jus habeat agendi fidejussor, non tam ut sibi, quam ut creditori solvatur et ipse liberetur: 1. si condemnatus sit, 2. si debitor bona sua dilapidet, 3. si ab initio ita convenerit, quibus adde 4. si debitor in solutione, aut creditor in exactione diu cessaverit, *l.* 38. §. 1. *mandat.* qua de re vide omnino Sandium *l.* 3. *tit.* 10. *def.* 7. quoad usque autem illud *diu* sit extendendum, Judicis arbitrio relinquendum videtur, cum Accursio in *d. l.* 38. Discrimen, quod Costalius *ad l.* 28. *de negot.* D. Wissenbach. ad. *ff. disp. de fidejuss. th.* 24. statuunt hac parte inter fidejussorem et mandatorem, quasi hic indistincte ante solutionem agere possit, e textibus quos citant non probatur. Nam in *l.* 28. *de Negot. gest.* agit Mandatarius contra substitutum non suum Mandatorem. In *l.* 45. *pr. Mandati.* agit Mandatarius ut debitor principalis obligationem suam, quae creditori solutionem urgenti competit, suscipiat, ne ipse res suas vendere cogatur, cujusmodi actionem ne fidejussori quidem posse negari existimo. *arg. d. l.* 38. §. 1. *et d. l.* 10.

13. (k) Quinam fidejubere possint, nihil opus fuit memorare, quia fidejussio est stipulatio, proinde qui ex stipulatione obligantur, hi quoque ex fidejussione tenentur, nisi quod milites prohibentur, ut omnino res alienas gerere, ita et fidejubere *l.* 31. *C. Locat.* Denique Mulieres Sc̃to Vellejano exemptae sunt intercessionibus, ob nimiam facilitatem sexus. qua de re latius ad Pandectas. *l.* 1. *pr. ad. Sc. Vell.* Utrosque etiam renunciare posse putem; de muliere certum est, *l. ult.* §. *pen. ad Sc. Vel.* (5) de milite idem videtur, quia in *l.* 8. §. 1. *qui satisd. cog.* tantum est, quod recusari possit ab eo, cui offertur. In *l.* 31 *C. Locati* est quidem prohibitio ob utilitatem pubblicam, sed tantum ratione praediorum conductorum, ne ad opus rurestre ab ormis se conferant.

Denique Patrem pro filiofam. et hunc pro patre fidejubere posse, docet *l.* 10. §. 2. *de fidejuss. l.* 8. *C. eod. et l.* 19. §. 2. *de instit. act.*

TIT. XXII.

DE LITERARUM OBLIGATIONIBUS.

I. Descriptio obligationis literarum et exceptionis non numeratae pecuniae. II. Efficacia ejus post biennium. III. Quale remedium competat scriptori si creditor differat agere. IV. Causam hujus obligationis esse scripturam adstruitur, remotis objectionibus.

(a) Literis obligatus dicitur, qui scripsit in chirographo se mutuam accepisse pecuniam, spe accipiendae, antequam vere acceperat, nec intra biennium id retractavit: quod crebro accidit, ut in hoc titulo explicatur. *Sed haec obligatio, aut nomen ejus duntaxat*, qualecumque, *veteribus ignotum fuisse JCtis*, satis apparet ex *l.* 1. §. 1. *de O. et A. l.* 8. §. 1. *de Fidejuss. et l.* 1. §. 1. *de Novation.* (1) Alio sensu Glossarium vetus et Theophilus literarum obligationem definiunt, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον γράμματι τυπικῷ, *vetus debitum in novum mutuum imaginaria scriptura transformatum.* Haec erat vetus nominum obligatio, de qua Justinianus in *h. t.* Solebant enim veteres, contractu qualicunque inito, summam ex eo debitam inferre in rationes, tam debitor quam creditor, quarum collatione facta, nominum obligatio quasi per novationem dicebatur. Et haec nomina Justinianus foeneratitias cautiones appellat, in *l. ult. C. de pact. Convent.* quare autem nomina dicantur, docet Ascon. Paed *in III. Verrinam.* Postquam vero illa vetus rationum Collatio

(k) *Pos.* 28. 29. et 30. (a) *Pos.* 1.

(5) *Sed cum tam mulieres quam milites prohibeantur intercedere, verius puta, talem renuntiationem nullius esse momenti, non obstante textu* l. ult. §. penult. *ad S. C. Vellej. ad quem vide Joseph. Averan. interpret.* lib. 2. cap. 5.

(1) *Et tamen Gajus in* l. 2. §. 1. de O. et A. *et Inst.* lib. 3. tit. 9. pr. et §. 13. *literarum obligationem inter contractus refert. Tu consule Schulting. jurispr. antejust. ad citat. text. e Gaji instit. et Hein. Antiq. Rom. ad h. t.*

desierat esse in usu hominum et creditoribus per chirographa debitorum caveri coepit, originem habuit illa quam descripsimus, obligatio LITERARUM. Diximus, eum qui scripsit in chirographo, vel potius in syngrapha, hac obligatione teneri, si verum est terminorum illorum discrimen, quod tradit Asconius Paed. in *Verrinam de Praetur. Inter syngraphas et chirographa hoc*, ait, *interest, quod in caeteris tantum, quae gesta sunt scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solet, more institutoque Graecorum.* Aliam ipsae voces indicant differentiam ab Asconio quoque monstratam, *chirographa ab una parte servari, syngraphas signatas utriusque manu utrique parti servandas tradi.* Et haec significatio propius ad hujus instituti conditionem accedit. Nam instrumenta utrimque obligatoria sic erunt syngraphe, quae ab altera tantum parte ligant, uti in hisce, de quibus nunc agimus, fit, chirographa dicenda fuerint. Sane quovis instrumento a tabellione consensu dumtaxat partium conscripto, vim hujus obligationis contineri posse, indubitatum est, prout hae scripturae simpliciter cautiones appellantur. *l.* 1. *l.* 3. *et l.* 8. *et pass. C. de non numer. pecun.* Chirographum igitur, quo tantum confessio debiti accepti continetur, intra biennium (olim quinquennium) elidi potest per exceptionem non numeratae pecuniae, *h. t. l.* 1. *l.* 3. *et l.* 5. 8. 14. *C. de non num. pec.* cujus ea vis est, ut creditor, etsi chirographo debitoris instructus insuper aliunde probare debeat numerationem pecuniae esse factam. *h. t. l.* 3. *et l.* 1. *C. d. t.* † (b) Nisi debitor renunciaverit * huic exceptioni, quo casu ipse tenetur ad probandum numerationem non esse factam, ut quidem in nostro foro servant. Sand. *l.* 3. *c.* 2. *def.* 1.

S c h o l i u m

* *Ex intervallo puta. Renuncians enim in ipsa cautione nihil agit (quamvis aliud videatur observari apud Frisios, per ea quae Sande* d. l. *sed conf. tamen quae habet* Idem. lib. 1. tit. 8. def. 3. vers. exceptio quoque.) *nisi jurato hoc fecerit* Schütz. d. l. *Dissentit quoad juratam renunciationem, Struv* XVI. 53. *Vide omnino conclusum supremi Senatus Appellationum*, ap. *Philippi* lib. 3. Ecl. 67. n. 16. p. 704.

Responsio.

Non abhorret haec limitatio a Juris ratione nec ab re ipsa, quod debitor eadem facilitate, qua se obligavit, renunciasse videatur. Sed quin renunciationes ex post facto *sunt rarissimae, vix est ut usum fori nostri ad illas ausim restringere.*

N. A d d i t.

Dixeram ipse in Scholio hanc limitationem apud Frisios non observari. Quanquam etiam videndum hic esset ante omnia, an renuntiationes injuratae, in continenti adjectae, habeant efficaciam. Videtur enim tota haec renunciationum, quatenus a Juris ratione abhorrent, materia, originem debere principiis Juris Canonici.

2. Biennio elapso, si ille qui scripsit, confessionem suam non retractaverit, instrumentum habet plenam vim et efficaciam, non ad probandum: (nam de facto, an numeratum sit non quaeritur) sed ad obligationem producendam; ut adeo, sive credita seu non sit credita pecunia, ille, qui scripsit et per biennium tacuit, obligetur. *h. tit. l.* 8. *et l.* 14. *C. de non num. pec.* Extra terminos mutui (c) se non extendit haec obligatio. Nam cum hoc jus, quo instrumento probandi via aufertur, singulare et enorme sit, neutiquam ultra limites a Lege praescriptos extendi potest, et sunt textus in *l* 5. 6. *et* 11. *d. tit. Cod.* in quibus simpliciter standum scripturis docetur, donec ille, qui cautionem emiserit, contrarium evidentissime probaverit. *l.* 13. *eod. add. l.* 25. *in fin de probat.* Ratio diversitatis in mutuo a caeteris contractibus est, ut videtur, haud rara

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 10.

† Etiam apud Saxones exceptioni non numeratae pecuniae, intra biennium locus est, in processu quoque executivo, si actor ex instrumento, ut ajunt, guarentigiato experiatur, Hartm. Pistor. *L.* 4 *qu.* 12. *n.* 2. Carpzov. *L.* 2. *Resp.* 89. j. *eund. P.* 1. *C.* 32. *def.* 6. *seqq. ceu resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Sept. A.* 1700. Dissent Finckelt. *obs* 1. 9. *n.* 10. *seq.* Schiltee, *ad ff. Exerc.* 22. *th.* 20 Berger. *Elect. Proc. Execut. th.* 43. eamdemque, nisi speciali lege aut consuetudine aliud cautum sit, etiam inter mercatores, imo adversus Cambium opponi posse, sentit Richter. *Dec.* 21. *n.* 24. j. *Contr. Jur. Civil. Disp.* 4. *th.* 14. *seq.* Sed *Ordinat. Mercatoria Lips. t.* 11, §. *Allermassen*, eam in Processu Executivo et Cambiali non admittit, nisi incontinenti sit liquida, licet cambium non contineat Valutam. *add. Ordinat. Cambial.* §. 13. Imo licet haec exceptio ex ipsa creditoris confessione *durch. seinen eigenhandigen Schein oder Berschreibung*, in continenti sit liquida, tamen adversus Cessionarium cambii, *an den der Wechsel* cediret *oder* indossiret, eam non admitti, constat ex *d.* §. *Allermassen* verb. ß al cons. Konig. *Wechsel-Ordn.* p. 36.

debitorum facilitas ad subscriptionem anticipandam, propter cupiditatem habendi pecunias quibus egent, quod non aeque alias fit.

Scholium

(*b*) *Exceptio tamen non numeratae pecuniae intra biennium etiam in aliis contractibus opponi poterit*, §. 2. Instit de except. vid. Praeleet. p. 265. n. 1. et 267. n. ult. Adde Schutz. d. l. p. 132. in O. Struv. d. ex. th. 52.

Responsio

Nec habet hoc ita Struvius, nec ego, nec est in d. §. 2. *Sed tantum quod exceptio non numeratae pecuniae locum habeat in mutuo sine Scriptura per Stipulationem firmato, ut est* fin. h. t.

N. Addit

Praecesserant in Scholio meo verba quaedam ab Autore omisssa. Dixeram enim Scilicet literarum obligatio, ut nimirum post biennium elapsum nihil aliud possit opponi. *Haec si addas, patet*, alios contractus *in verbis sequentibus opponi a me* literarum obligationi. *Atque hoc satis probatur per* d. §. 2. *ubi stipulationis fit mentio, ut ipse Autor fatetur. Interim per me nunc totum Scholium omitti potest, cum hac in parte consentiamus.*

(d) Caeterum, elapso biennio, debitor omnimodo, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur, *l.* 8. *C. d. t.* hoc est, exceptionem pecuniae non numeratae opponere non potest, ut loquitur Justinianus in *hoc tit.* nec jusjurandum deferre creditori. *l.* 14. §. 3. *d. t. Cod.* Scilicet, non modo cessat tum illa vis Legis, quae instrumento vim probandi ante subtrahens novum creditori onus probandi imponebat, sed in contrarium Lex tum producit obligationem, quam nasci e scriptura affirmat Justinianus. Proinde, cum posita causa obligationis solutio secundum illam necessario facienda sit, non potest esse verum, quod Schola communis et usus fori recepit, eum, qui scripsit chirographum, adhuc post biennium admitti ad probandum se non accepisse pecuniam. Tunc enim lapsus biennii nihil efficeret, quam ut onus probandi a debitore in creditorem transferret, nec species obligationis esset ullo modo; cui accedunt textus clari, *in d. l.* 8. *et h. t.* item *l.* 10. *et l.* 14. *in pr. eod. tit. Cod.* D. Wissenbach. *disp. ad Instit.* 34. *th.* 22. *

3 (e) Quid autem, si creditor toto biennio non agat, ut scriptor syngraphae exceptionem nequiverit opponere? Suppeditatur a Lege duplex remedium, protestationis unum de pecunia non accepta, qua in scriptis facta, exceptio fit perpetua. *l.* 8. *l.* 9. *et l.* 14. §. 4. *et auth. C. eod. tit.* Condictionis alterum, qua cautionem sive chirographum suum repetat. *l.* 7. *C. eod. et l. ult. C. de Condict ex L.* Atque haec remedia secundum ipsam exceptionem, utpote realis, dantur et heredibus et fidejussoribus, *l.* 8. *et l.* 12. *C. de non num. pec.* imo et iis, qui hypothecaria propter debitum auctoris sui conveniuntur, tametsi debitor ipse nunquam hisce remediis usus sit nec etiamnum utatur. *l. pen. eod. tit.* Scriptor apochae, (f) intra dies 30. reclamare debet: alioquin habetur pecunia pro soluta, uti in obligatione literarum. *d. l.* 14. §. 2.

4. Satis ex his, quae dicta sunt liquet, non spectare hanc obligationem ad ullam e tribus notis obligationum speciebus, non ad consensualem, quia palam est solo consensu hanc non contrahi; non ad eam quae verbis, quia nulla concipiuntur et inter absentes saepe fit; denique nec ad realem, quia re non contrahitur, nisi quatenus vere et naturaliter datum est, *l.* 11. §. 1. *de reb. cred.* nihil ut supersit, quam ut nova et distincta species sit obligationis, quae *literarum* dicitur, quia fundamentum ejus in scriptura consistit. Sunt tamen, quibus hoc nimium displicet, et sunt hi plerique, antesignano Bachovio, *vol.* 1. *disp.* 20. *th.* 2. *lit. B.* cujus rationes luculentas appellat D. Wissenb. *d. dispat.* 31. *th.* 21. Nos autem parum abest, quin erronea illos hypothesi credamus abuti, quae haec esse videtur: obligationem literarum esse tum, quando pecuniae non numeratae exceptio datur debitori, adeoque ante lapsum biennii; quod est contra mentem Justiniani; qui diserte, *scriptura* debitorem ait *obligari*, quando amplius *queri non potest*, cum videlicet omnia lapsu temporis amisit remedia. Nam prius, quando creditor debitorem compellat, non ait simpliciter eum teneri quoniam scripsit, verum quia mutuam pecuniam accepit; condictione certi ordinariam ex mutuo actionem instituit, suamque probationem petit e scriptura, cui reus opponit

(d) *Pos.* 6. *et seqq.* (e) *Pos.* 2. 4. *et* 5. (f) *Pos.* 11.

* Apud nos tamen debitorem etiam post biennium, ad probationem exceptionis non numeratae pecuniae admitti, docent Carpzov. *L.* 2. *Resp.* 91. Richt. *Dec.* 21. *n.* 12. *add. Controv. Jur. Civil. Disp.* 4. *th.* 10. Interim sententiam Domini Autoris defendit, et in summo Provocationum Senatu obtinere, ostendit Berger. *Resol. Lauterb. tit. de Reb. Cred. quaest.* 3. qui tamen in Electis Proc. Executiv. exceptioni doli speciali, elapso licet biennio, locum relinquit *th.* 44.

exceptionem, non scripturae, sed numerationis, hoc est, mutuo ipsi oppositam: si ex literarum obligatione ageret, concedimus Bachovio exceptionem scripturae quoque opponendam fuisse: quemadmodum post biennium, quo nos literarum obligationem nasci putamus, non habet aliam debitor exceptionem aut defensionem, quam chirographi non scripti. *l. 4. et auth. seq. C. de non numer. pecun.* Saltem hoc legibus constitutum est, quia saepe fit, ut in mutuo debitores spe numerandae pecuniae se accepisse fateantur quod non acceperunt, uti nec vim probandi connotam habeat illa scripta confessio, sed actorem insuper aliunde numerationem probare oporteat; atqui hoc ipsum argumento est, non esse tum literarum obligationem; nam si chirographum tunc faceret obligationem, fieri non poterat, quin agnita cautione vera, reus omnino condemnaretur.

Quia vero in hoc cardine vertitur nobilis disputatio, placet id, quod Hotomanus in suo ad Institutiones commentario facit ubique, contentionem partium, quae solet esse ante biennium, Rhetorice demonstrare. Prima intentio actoris, quam Graeci προβολήν vocant, in hac controversia debet esse hujusmodi, *Titi, debes mihi centum ex mutuo.* Ἀντιπροβολή, sive prima rei responsio est, *non debeo centum aureos.* Hinc oritur status, debeatne Titius Cajo actori centum aureos, an non debeat ex mutuo. Sequitur τὸ αἴτιον, Ratio actoris; *Tu ipse confessus es in hac syngrapha te accepisse a me centum aureos mutuo.* Τὸ συνέχον sive continens rei, *scripsi quidem spe numerationis faciendae, at haec non est secuta, non est facta.* Tandem igitur κρίσις seu judicatio est, *numeratio sitne facta vel non*; adeoque an mutuum, quod reali numeratione perficitur, vere contractum sit, an secus. Κρίσις controversiae, quae ex obligatione oritur, necessario circa naturam obligationis versari debet: Atqui illa non pendet heic a vi scripturae, sed a mutuo, id est a numeratione pecuniae. Rursus, Pono casum quo Reus elapso biennio convenitur; Προβολή. ἀντιπροβολή et Status sunt hic iidem, qui in specie praecedenti: Τῷ αἰτίῳ, sive rationi actoris, hoc adjicitur; scripsisti *ante biennium* te mutuo a me accepisse centum aureos, sed τὸ συνέχον, sive continentia rei, jam longe est alia;* quid enim? an dicet; *non accepi, non numerasti?* Haec inania sunt, exceptio talis post biennium non admittitur. Quale igitur debet esse τὸ συνέχον Rei post biennium? Nullum habet aliud quam hujusmodi; *chirographum illum non est meum, non scripsi.* Unde tunc illa resultat κρίσις, an reus scripserit chirographum nec ne; atque ita manifestum est, tum demum existere literarum obligationem, prius de mutuo dumtaxat quaeri. Bachovius, urget, obligationis causam esse praesumptum Mutuum; quod equidem concedi potest dedisse causam huic obligationi, sed est causa remota; proxima vero non est alia quam ipsa scriptura. Certi sumus ac re probe intellecta, nemini defuturum, quod prolixis Bachovii rationibus et cavillationibus respondeat, adde tamen his D. Vinnium *Comment. ad h. t.* Objectionem quandam aliam removet D. Thomasius.

Scholium

Intra biennium literarum obligatio nondum est, quod eleganter declarat Autor. Sed *inquit* Strauch. XIV. 21. ita tempus fit modus constituendae obligationis, quod est contra *l. 44. §. 1. ff. de O. et A.* et ita potius obligatio biennii, non literarum dicenda foret; *Verum haec non turbant: Nam prius non magis sequitur, quam si dicere velis, tempus esse modum constituendi dominii, quoniam ad praescriptionem certum tempus requiritur; neque posterius aliquid infert, cum a potiori facta fuerit denominatio, literae enim dant formam obligationi, tempus vero rationem habet conditionis, ut Philosophi dicunt, sine qua non. Ad* l. 3. C. de non num. pec. *quam urget Schutz.* Comp. tit. de reb. cred. p. 132. *respondeo cum Pomponio ex* l. 8. de O. et A. *et Paulo* in l. 112. de R. J.

Unum forte sit ex Bachovianis, quod a prioribus non pendeat. Veteres, ait, ante Justinianum literarum obligationem non cognoverunt, cum tamen illa species negotii minime tunc ignota fuerit, quod probatur ex *l. 1. 2. 3. et seqq. C. de non numer. pecun.* Responsio est, in illis textibus Cod. agi de scriptura nondum ad obligationis maturitatem perducta; quippe cum in iis exceptio non numeratae pecuniae adhuc commemoretur: Non probatur autem, quod ante Justinianum hujusmodi nomen in usu non fuerit, quando post quinquennium, (cujus loco noster Princeps biennium substituit) absoluta solvendi necessitas debitori incumbebat. Et quid si veteres hoc nomine penitus abstinuerunt, eo quod magis ex vi Legis quam voluntate partium haec obligatio nascatur? Et quid si ob affinitatem cum mutuo ad illud hanc ipsam speciem retulerint? Nos quaerimus, numquid rei natura patiatur, ut a Justiniano literarum obligatio vocari potuerit, quod nobis quidem videtur. Placet unum addere; Bachovius obligationem literarum non posse ita vocari contendit, quia tunc etiam locus sit huic exceptioni, quando quis sine ulla scriptura coram testibus pecuniam se accepisse confessus est; Etenim negandum est ejusmodi confessionis eamdem esse rationem, quae est scripturae, ita

quemadmodum superius expositum est. Hanc enim Debitor in re praesenti spe accipiendae pecuniae, cui inhiat, facile praestat; at cum aliquis coram testibus serio declarat se revera pecuniam aliquandudum accepisse, id ejusmodi interpretationem nullo modo recipit. Enimvero quominus errorem Confessionis suae retractet atque probet; nihil nequidem post biennium obstat, ut recte Tuldenus *ad. d. tit. C. n.* 6. Tenendum interim, quod exceptio non numeratae pecuniae latius pateat, quam literarum obligatio. Nam is, qui stipulanti spopondit se redditurum esse nummos sibi non numeratos, habet illam exceptionem, §. 2. *I. de Except.* nec tamen literis obligatur, sed vere ex praesumpto mutuo, quod in literarum obligatione non negamus subesse, verum ibi causam obligationis esse proximam, id negamus.

TIT. XXIII.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

(a) Omnes quidem obligationes ex contractibus oriundae ineuntur consensu, sed quae nihil praeter consensum habent, hae per excellentiam consensuales vocantur; cum reliquis ab eo, quod supra consensum habent, scilicet rei traditione, verborum conceptione, aut literarum scriptura, nomen tribuatur. Sunt igitur consensuales obligationes, quae solo nudoque consensu perficiuntur, quales sunt *Emptio Venditio*, *Locatio Conductio*, *Societas et Mandatum*. Cum autem hae obligationes sint simplicissimae et mere juris gentium, possunt quovis modo etiam inter absentes contrahi, sane etiam nutu, *l.* 52. §. *ult. de oblig. et act.* nutu, ubi fari non potest, delegare debitorem suum quis potest, *l.* 17. *de Nov.* adsignari potest libertus nutu *l.* 1. §. 3. *de adsign. lib.* et fideicommissum relinqui potest nutu *l.* 21. *de Legat.* 3. Etsi stipulatio nutu facta nihil valet, ne quidem ut naturaliter obliget. *l.* 1. §. 2. *de V. O.* Potest etiam facto consensus tacite declarari *l.* 6. §. 2. *et l.* 18. *Mandati.* Nam etsi inter veros et quasi contractus hoc interest, quod illi expresso, hi fere tacito consensu fiant, sunt tamen facta quaedam adeo clara et praegnantia, ut expressum consensum omnino efficiant, veluti cum quis mea negotia, me praesente, gessit, si praedium verb. gr. vendiderit, cujus ego pretium dein accepero. *l.* 12. *de evict.* Denique bonae fidei sunt, cujus rei quis sit effectus *infra* videbimus. Facile erit cui in mentem veniet rogare, qui fiat, ut ex hisce conventionibus, quae nihilo plus continere videntur quam nudae pactiones, hoo est duorum pluriumve in idem placitum consensum, actio et obligatio nascatur, quo effectu conventiones simplices sive pacta nuda destituuntur. Videtur ita dicendum; Jure naturae et Gentium sufficiebat sola voluntas partium utrinque declarata, quemadmodum aliquoties diximus; sed utilitas civium non patiebatur, ut e quovis dicto promissove daretur actio in foro, quemadmodum *tit. de Verb. obligation.* est dictum. Eadem tamen utilitas promiscui usus non ferebat, ut omnes seriae deliberataeque conventiones carerent prompto effectu validae obligationis. Nam si quotidianae negotiationes temere ab uno, altero invito, rescindi poterant, confusio inde non toleranda in commerciis oriebatur. Ideo, qui contractus omni die erant in usu, quos maxime servari interesset Reipubl. hi sunt ita stabiliti, ut si partes de illis consisse dumtaxat constabat, obligatio inde et actio sufficiens nasceretur, partim ob eam utilitatis communis, quam diximus, rationem; partim quod in illis ratio cessabat, quae pactis alioqui nudis vim exactionis negaverat. Nec enim dubitari poterat, quin maxime serio consensissent, qui emerant vendiderantque, locaverant conduxerant, aut societatem iniverant; quin et in mandato idem receptum, propter summam ejus in vita humana utilitatem. In caeteris contractibus beneficis, qui commodo dumtaxat unius ineuntur, etsi frequentissimis, ratio tamen commercii, quae in promiscua utilitate consistit, tam praegnans non erat, ut solo simplicique consensu obligatio ex illis perficeretur; sed requisitum est, ut ipse rei praesens interventus, id est traditio, expectaretur, cujus naturae sunt Mutuum, Commodatum, Depositum, iisque additum Pignus, quod etsi partis utriusque commodum spectet, per se tamen in commerciis usu non veniebat, sed aliis contractibus accedebat: quanquam deinde Praetor animadvertens usum pignoris admodum esse frequentem, fecit ut et sola ejus conventio produceret actionem. *l.* 17. §. 2. *ff. de Pact.*

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

TIT. XXIV.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

I. Definitio empt. venditionis explicata. II. Ejus substantialia. III. Efficacia obligationis ejus. IV. Venditorem non posse liberari praestatione ejus quod interest. V. De consensu. VI. De pretio. VII. De permutatione. VIII. Quid si pro re partim pecunia, partim res alia detur. IX. Periculum rei venditae, licet needum traditae, esse emptoris. X. Removentur objectiones. XI. De ultimo emptionis substantiali, quod est merx. XII. De iis, quae rem venditam sequuntur. XIII. Effectus traditionis per venditorem factae et de quibus teneatur venditor. XIV. De actione venditi.

(a) Emptio et Venditio est Conventio qua id agitur, ut rei Dominium certo pretio in alium transferatur, hic enim est finis hujus contractus, ut aliquid *tuum*, hoc est, *meum* faciam. Dicimus, *qua id agitur*; quia non semper eum effectu dominium transfertur. Constat enim, rem alienam posse vendi, *l.* 28 *de Contrahenda Emptione*. Cujus rei tamen dominium nullo modo potest transferri: Proinde res aliena vendi posse dicitur, quatenus Actio empti inde nascitur, et venditor in quantum emptor vult, ad contractum implendum tenetur, non autem ut Domino rei ullo modo praejudicetur. Tulden. *ad tit. C. de act. empt. n.* 3. Si vero partes aliud agant quam ut dominium transeat, tunc alius est contractus *l. penult. §. ult. D. eod. tit.* Atque ita intelligitur quomodo venditor dici queat non obligatus ad dandum, sed ad tradendum, neque cogatur emptorem facere dominum, *l.* 25. §. 1. *D. h. l.* 11. §. 2. *de action. empt.* cogitur enim id juris quod habet ipse transferre; proinde si dominus est, sane dominium praestare; si dominus non est, vacuam dumtaxat possessionem tradere debet. *dd. ll.* Non est eadem ratio emptoris quod ad pretium; hoc enim is omnino venditoris facere compellitur, *d. l.* 11. §. 2. saepe enim fit, ut correlativorum diversa sit ratio, quemadmodum hic; venditor obligatus est ad speciem sive ad rem singularem tradendam, quam non potest nisi cum sua causa tradere, at emptor ad pretium, quod in quantitate generali consistit, tenetur; ideo si quos dedit nummos sint alieni, potest alios, qui pretium idem efficiant, solvere.

2. (b) Substantialia hujus contractus vulgo tria esse dicuntur, Consensus, Merx et Pretium; nisi malis dicere substantiam hujus contractus in consensu de merce pretioque consistere. De primo constat, quod statim atque consensus de re vendenda initus est, Emptio venditio perfecta sit, excepto casu, qui in hoc principio memoratur: quando conveoit inter partes, ut Emptio in scriptis celebretur, tunc enim prius non intelligitur perfecto, quam scriptura sit absoluta, si quidem ipsi scribant; vel a partibus subscripta, si alius scripserit. Si vero publicum sit instrumentum, oportet a tabellione conceptum, partibus praelectum et ab ipsis approbatum sit. *l.* 17. *C. de fide Instrum.* Est et alter casus, ut videtur, *in l.* 35. §. 5. *D. de Contrah. Emptione.* Ubi venditio rerum, quae constant pondere, numero et mensura, non videtur esse perfecta, nisi cum res fuerint admensae, adpensae atque adnumeratae, utique non, quod ad periculum attineat ex casu fortuito.

3. (c) Porro ubi semel hic contractus consensu perfectus est, non potest aliter quam mutuo Consensu retractari, ne quidem cum dispendio arrharum. *l.* 5. *C. de Obligationibus. et l.* 3. *C. de Rescindend. vendit.* Nisi Arrhae sint datae in signum Contractus adhuc perficiendi, ut in ea specie, quae est in *princ. h. t.* Ait quidem Imper. *in pr. h. t.* quod arrhae nomine datur argumentum esse emptionis et venditionis contractae, ut plurimum quidem; Casus enim, quando placuit in scriptura contrahi, specialis et exceptus est: nisi dicamus, esse venditionem utique contractam, cum de merce pretioque conventum est, licet poenitentiae locus sit propter conventionem de scriptura: tamen haec non pertinet ad essentiam contractus, quia manet adhuc contractus consensualis et non fit scripturarius, aut literarum. Caeterum arrha vel est nudum signum contractus initi, veluti cum annulus aut aliud symbolum datur; vel ita datur, uti cedat in partem pretii, et tunc est pecunia, daturque a solo emptore, cum prioris generis arrhae ab utroque dari soleant. *l.* 11. §. 6. *de act. empt. sub fin. princ. h. t.*

4. (d) Igitur non tantum emptor cogitur solvere pretium, sed et venditor ad rem tradendam praecise tenetur, *l.* 11. §. 2. *et l.* 46. *de Action. empt. l.* 68. §. 2. *D. de contrah. empt.* ut eo non facto, *conventionis fidem rumpere dicatur*, *l.* 10. *C. de action. empt.* nec usquam se praestatione ejus quod interest

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 5. 6. (d) *Pos.* 25.

liberare posse dicitur, sed nullo tempore de contractu jure perfecto recedi posse, traditur in *l.* 3. *C. de resc. vend.* nec adeo se liberare potest, inquam, praestando id quod interest, *d. l.* 3. ne quidem si duplum pretii offerre velit, *l.* 6. *C. eod. tit.* quo id quod interest, cum est maximum, definitur. Responsionem Bachovii ad haec *l.* 6. refellit D. Wissenbach. *disp.* 37. *th.* 2. *part.* 1. *Pandect.* Quod autem ipse ait, in *d. l.* 6. contractum utrinque fuisse perfectum et consummatum rei traditione atque pretii solutione, vereor, ut magis consistere possit; cum non modo nihil ejusmodi e textu colligi queat, sed contrarium ibi diserte sit scriptum, in verbis, *consensu factam venditionem rescindi nullo jure desideras:* quaestio est de venditione consensu perfecta, nihil praeterea. Vix quidquam a civili ratione videtur alienius, quam contractum venditionis, quo nullus est frequentior magisque necessario observationis, ita distrahi, ut emptori quidem pretium omnino solvendum sit; venditor autem hunc eludere possit dicendo, *non placet rem tradere, dic tua quid intersit;* quod saepe nullum aut exiguum vel obscurum est. Nec scio quid in mentem venerit hominibus doctissimis, ut ex eo, quod in *l.* 1. *et l.* 11. §. 9. *de act. empt.* et alibi habetur, emptorem, si venditor non tradat rem, agere in id quod interest, colligant; hoc in venditoris favorem esse constitutum, cum nihil sit notius, quam ex omni contractu, qui non impletur, adversus contumaces in id quod interest agi, cum graviores e contractibus actiones nullae sunt proditae. Nihil igitur vetat emptorem adversus venditorem agere in id quod interest, si in mora sit rem tradendi; maxime; si facultas tradendi praeterierit, aut emptori non sit amplius commodum urgere traditionem; imo nec dubium, quin et urgere traditionem et agere in id quod interest propter moram possit; quod nihilo magis dubium est, quam quod commodatarius, si in mora sit rem commodatam restituendi, tam in id quod interest hac gratia, quam ad restituendum tenetur. Putant se dissentientes habere praesidium in *l.* 4. *C. de Act. empt.* ubi statuitur, si *procacia* venditoris res non tradatur, in id quod interest agi; unde videatur, nequidem si velit emptor, agi posse ad tradendum, si quidem per venditoris procaciam stare potest, ne rem tradat. At ego scire velim, quomodo adversus eum, qui fidem contractus violat, aliter quam in id quod interest agi queat; nec enim tormentis subjici aut publice in eum animadverti potest. Quando igitur per ipsius procaciam res in eum statum deducta est, ut traditio vel penitus non, vel commode fieri nequeat, tum ad suam indemnitatem agere emptorem oportet; si tamen res adhuc integra sit, nihil est in illis Legibus quo emptor ad ipsam traditionem agere prohibeatur; atque etiam quominus venditor ad tradendum condemnandus sit remediisque praetoriis compellatur, aut res manu militari ab illo auferatur: ut juris et moris est in omni executione rerum dandarum atque praestandarum. Si tamen adhuc sua procacia faciat ne res haberi queat, cum ad factum nemo praecise possit cogi, utique tandem in praestationem ejus quod interest desinere jus acteris oportet. Plus difficultatis in *l.* 12 *de Action. empt.* esse videtur; *Si jactum retis emero, et jactare retem piscator noluit, incertum ejus rei aestimandum est.* Potest quidem et solet responderi, esse illam quasi facti venditionem, et in omnibus facti obligationibus liberari posse debitorem praestando id quod interest; sed praeter quod medium illud respondendi per se controversum vel potius falsum est, ut ad *tit. de V. O.* probavimus, quid tum faciemus sequentibus verbis, si *quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id aestimari debet quod extraxit?* Jam enim res certa palam extat, nec applicari potest, ad factum neminem posse cogi, durissimum quoque est id quod alii respondent, emptorem sua voluntate in id quod interest heic agere, verba enim *reddere noluit, aestimari debet*, nimis imperiosa sunt, quam ut arbitraria libertas emptoris inde colligi possit. Magis est: ut rei venditae conditionem illic ejusmodi esse dicamus, quae aliam agendi facultatem penitus respuat. Quid enim? Venditor extractos piscos reddere non vult, quid faciem? Numquid eum vi cogam? Hoc juris et publicae disciplinae ratio non patitur; Ergo ad judicem eamus; litem contestemur et caetera, piscea interim si non distrahuntur ab venditore, quid aliud quam computrescent? Res igitur et necessitas subigit emptorem, ut piscium aestimationem accipiat, quando ipsa corpora expectare non potest. Prorsus eadem species est in *l.* 10. *C. de Action. empti. Cum venditorem carnis fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas; ex empto actione eum quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes.* Venditor non vult tradere carnes. Quid hoc est? Nihil aliud *quam rumpere fidem conventionis*, hoccine tantundem est ac liberari praestando id quod interest? Quid agam cum violatore fidei datae, litemne contestabor de carnibus non traditis? Haud alius erit exitus quam in piscibus; adeoque nihil superest, quam ut in id quod interest agam. Certe Leges nihilo secus quam sunt res humanae, recipiunt interpretationem, idque consultis Juris agendum est ut instituatur. Plura vid. apud D. Vinnium *aliosque interpr.*

5. (e) Praeterea consensui adversus est error; proinde si Partes vel in corpore, vel in materia totaliter erraverint, nulla est emptio venditio, secus si pro parte tantum, *l.* 9. §. *ult D. de Contrahend. Empt.* qua de re diximus *ad tit. de inutil. stipul.* ubi de ratione differentiae, cur stipulatio per errorem in materia non vitietur, secus ne emptio venditio. Exemplum totalis erroris est in *l.* 41. §. 1. *de Contr. empt. Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendisti imprudens, nulla est emptio, pecuniaque eo nomine data condicetur.* Quia scilicet auri lamina, quae mensam tegit, non est pars ejus, ab eaque tota separari potest. Aliud exemplum in *l.* 14. *eod. Coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendiderunt, eaque inventa est magna ex parte aenea. Venditionem esse constat ideo*, inquit Ulpianus, *quia aliquid auri habet.* Eo quod aurum ibi sic argento junctum est, ut inde non possit auferri, unumque cum viriola corpus efficiat; etsi minus aureae substantiae inibi sit, quam forte in lamina corpus aliud ambiente. Subtilitas esse videtur, sed quae ratione palpabili non destituitur. Res interim in eventu damni aut lucri, ferme eodem redit; nec enim dubium est, quin heres hoc ultimo casu actione vel exceptione suae indemnitati consulere possit. (1)

6. (f) Secundum substantiale est pretium, sine quo nulla venditio constare potest. *in fine pr.* Idque certum esse debet, adeoque in arbitrium emptoris inutiliter confertur, *l.* 35. §. 1. *D. et l.* 13 *C. de cont. empt.* sed potest in arbitrium tertii conferri, quo casu quasi conditionalis venditio est, nam si tertius ille pretium definiverit, emptio procedit; quod si pretium tertius ille iniquum definiverit, modicum est ferendum, immodica, et fraudolenta inaequalitas corrigi posse creditur provocatione, ut multis videtur, ad arbitrium boni viri *arg. l.* 78. *et seqq. D pro socio. Vir bonus est quis?* Rogat Horat. 1. *epist. Qui consulta Patrum, qui leges juraque servat.* Nec tantum is, qui judicandi munere fungitur, sed quilibet integrae vitae et existimationis, idoneusque et diligens Paterfamil. Nam vir bonus et bonus Paterfamilias apud juris auctores promiscue accipiuntur, *l.* 13. §. *ult. de usufr. l.* 20 §. 1. *de oper. libert. et. l.* 13. *de ann. Leg.* Tamen cum ab iniqua pretii definitione provocari dicitur ad boni viri arbitrium, palam est, judicis officium intelligi, quod frequenter boni viri arbitrium appellatur. Judicem *viri boni et innocentis officio* fungi debere, ait *l.* 4. §. 1. *Famil. ercisc.* Unde ad judicem, id est ad virum bonum *l.* 37 . 2. *de. V. O.* nec aliter arbitratus boni viri intelligitur in *l.* 12. *l.* 17. *D. Judic. solv. et l.* 4. *C. de restitut. mil.* Caeterum quod de fraudolentia tertii in definitione pretii diximus, non est quod mutemus, si quidem et transactio dolo inita rescinditur. *l.* 19. *C. transact.* Sed de inaequalitate quae est infra duplum, non recedimus ab eo, quod *in Pos.* 20. collocavimus; Arbitrium boni viri quod in societate receptum est, ad venditionem non pertinere, cum quod aequalitas fortius est de natura societatis quam venditionis, tum quod de venditione sanctionem habemus specialem, non dari rescissionem nisi laesione dupli perpetrata. Proinde si inaequalitas duplum veri pretii excedat, tum datur remedium, *l.* 2. *C. de Rescind. vendit.* quo semper emptio venditio rescindi potest, si alter contrahentium ultra duplum sit laesus, vel, quod idem est, ultra dimidium, sive, si sic mavis, alterum tantum; haec enim aequipollent. De hoc beneficio latius agitur in D. et in C.

7. (g) Equidem pretium necessario in pecunia numerata consistere debet, saltem quae numerari possit, etsi forte quantitas ejus initio non exprimatur: etenim vendi potest res eo pretio, quod in arca est, *l.* 7. §. 1. *D. de cont. empt* tametsi in materia Legatorum pecunia sic demonstrata quosdam corporeae considerationis effectus habet. *l.* 30. §. *pen. l.* 34. §. 4. *et l.* 51. *de Leg.* 1. Quando autem pro re datur res non pecunia; tum est permutatio, sive contractus do ut des, cujus olim usus frequens fuit, unde et nomen accepit, sed, nummis repertis, rarior facta est permutatio, ideoque inter contractus innominatos relata est quia parem cum illis naturam habet; hinc poenitentiae locus est in illa, quatenus is, qui a sua parte rem dedit, potest revocare quod dedit, antequam alter vicissim dederit *l.* 3. §. 2. *D. de Condictione causa data non secut.*

8. (h) Quod si pro re partim pecunia, partim res alia detur, tum si pecunia praepolleat, venditio si res pluris sit, permutatio dicitur. Si aequipolleant res et pecunia, magis est ut emptionem dicamus, quia hic contractus frequentior est, et proinde facilius praesumitur. Datur autem ex permutatione, quemadmodum ex caeteris contractibus innominatis, *Actio praescriptis verbis*, ut loquitur *tit. ff. de Praescr.*

(e) *Pos.* 4. (f) *Pos.* 19. *et* 20. (g) *Pos.* 21. *et* 23. (h) *Pos.* 22.

(1) *De errore in materia et substantia rei venditae, consule omnino vir. Ampliss. Corn. van Bynkershoeck observat.* lib. 6. cap. 14. *Cui adde Averan. interpret.* lib. 1. cap. 19.

verb. Caeterum disputstio, quae fuit olim inter Sabinianos et Proculcjanos, an emptio venditio sic fieri posset, uti res pro re detur, jucuodior est odie quam utilis, vido apud Salmas. *de Usur. lib.* 1. cujus sententiam nnque scitam neque justam putat D. Wissenbac. *disp. ad Inst.* 35. *th.* 14. magis tamen probatur D. Vinnio *ad hunc locum*, cujus videantur rationes. (2) Diximus praeterea, permutationem habere nomen, et tamen esse contrantum innominatum, eo sensu quem collocavimus. Alii respondent non esse proprium permutationis nomen, cum aliis etiam contrantibus conveniat, ut locationi, dotis datioci, divisioni, *l.* 20. §. 3. *D. Famil. ercisc. et l.* 77. §. 18. *de Leg.* 2. etiam de emptione venditinne quaodoqun usurpatur, ut apud Plin. *Nat. Hist. c.* 55. *Permutare quidem pretio volunt*, ait, *aliaque merce.* D. Wissenb. *d. disp.* 35. *th.* 16. Verum si exinde, quod vocabulum aliquando obiter in diverso sensu accipitur, colligere vellemus non habere illum contractum nomen proprium, tum pauci forent contractus nominati, quibus nomen suum manere passet certum; non sane pignori, cujus quidem species sunt decem et ultra, quae non sint contractus; neque societati, quando et rei communio, quae societati opponitur, tamen societas dicitur. §. 3. *infra de oblig., quae quasi ex contract.* Nec proinde permutatiooem vetat quidquam inter contractus innominatos recenseri; nec adeo vix est, ut discrepet a contractu, quem vocant Do ut des, licet ab aliis distinguantur, qua de re videamus *ad tit. ff. de Rer. permut.*

9. (i) Emptor antea non fit Dominus rei venditae quam traditione secuta; tametsi enim in venditione id agatur, ut dominium transeat le emptorem, id tamen non fit immediate; sed demum post traditionem fidemque de pretio habitam, ut habuimus *supra de rer. divis. th.* 39. tamen si ante traditionem per casum fortuitum res intereat, damnum est emptoris; §. 3. *h. l.* 8. *D. de periculo et commodo rei vend.* non obstante quod periculum cujusque rei pertinet ad Dominum, *l.* 9. *C. de pignor. actione.* atque venditor ante traditionem adhuc sit dominus. *d.* §. 3. *in f.* Nam haec regula cessat quando idem est debitor ejusdem rei, venditor est quidem dominus, at simul debitor rei venditae, praeter quod causa dominii jam existit et perpetrata est. Quamvis autem de casu fortuito venditoe non teneatur, tamen de Culpa levi tenetur, secundum regulam *l.* 5. §. 2. *Commodati.* praeterquam in vino od certae meosuras vendito neque dum admenso, sed degustato: Nam hoc casu levissima culpa praestatur ob rationem specialem, et sic cape *l.* 3. *de pericul. et comm. rei vend.* Ratio ille specialis est, quod venditio quantitatum non intelligitur esse perfecta, nisi post admensionem, appensionem vel adnumerationem, uti modo ex *l.* 35. §. 5. *D. de cont. empt.* observatum; sed vino degustato licet non admenso, periculum qualitatis, ut acoris atque mucoris, statim est emptoris *l.* 1. *pr. de peric. et comm. rei vend. l.* 4. §. 1. *eod.* (3) Jam quia emptor fert aliquod periculum ante venditionem plane perfectam, placuit venditorem quoque plus culpae praestare, nisi forte dicendum sit, ut vult D. Vinnius *n.* 10. nec non 4. et 5. in venditione rerum, quae admetiendae sunt, generaliter levissimam culpam praestari. Caeterum vino per aversionem vendito, hoc est integris doliis, periculum statim est emptoris. Plane, quin per conventionem venditor et ad culpam omnem et ad periculum obligari possit, nihil est dubitandum, per *l.* 23. *de R. J. hoc* §. 3. verb. *si susceperit.* Sunt et alii casus excepti, quibus periculum ad emptorem non pertinet, quos enumerat D. Voetius *Comment. ad hunc tit.* §. 3. *num.* 2. Idemque *n.* 3. scribit in Frisia, teste Wissenbachio, judicatum esse, periculum rei venditae ante traditionem venditori non emptori incumbere: Sane Wissenbachius noster ita tradit sibi esse commemoratum. *parte* 1. *ad Pand. disp.* 35. *th. ult.* Quidquid autem de illius narrationis auctoritate sit, ego praxin in foro Frisico nihil hac parte ab jure civili discrepare certus sum, nec haesitare vidi peritissimos veteresque Advocatos, convenientia Juri nostro respondere de ejusmodi casibus consultos.

10. Placet addere responsiones ad tres leges objectas in gratiam juniorum, σχολαστικῶς. Paulus in *l.* 12. *de peric. et comm. rei vend. Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset, quominus traderentur, emptoris periculum esse placet.* Periculum non aliter emptoris est, quam post traditionem aut moram. Resp. Venditor hic fuit in culpa lectis non melius custoditis, ut in via publica eos relinqueret; nam periculum etiam culpae respectu dicitur. *arg. Rubr. ff. de Administr. et peric. tut.* Insto. Idem juris est,

(i) *Pos.* 15. 16. 17. 18.

(2) *Quae magis speciosae quam solidae sunt, uti recte observat Hein. in not. ad Vinn.* ad hunc locum, *quem vide.*

(3) *De sensu harum legum consule omnino Gulielm. Best. rat. emendandi leges* cap. 8. et 9.

etsi Ædilis non jure Lectos conciderit. l. seq. Resp. tamen male custoditi sunt, quos aedilis imperiosior putavit concideodos, quibus salvo commodo publico parcere potuit: Non fuere tamen res venditae in via publica relinquendae, hominumque injuriis exponendae. II. Oppon. *l.* 14. §. 1. *eod. Materia empta si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit.* Resp. Furtum arguit culpam ejus a quo res custodienda fuit. *arg.* §. *unde constat.* 14. *et seqq. Inst. de oblig. quae ex del.* III. Opp. *l.* 33. *Locati. Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet quominus id praestes... nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto, ut pretium restituas, non si quid pluris mea intersit.* Resp. Non est hic casus mere fortuitus Θεῶν βία, sed publicatio praesumi debet ob delictum venditoris esse facta, vel saltem ejus respectu odioque, dum adhuc possidet, quo scilicet ipso non alius gravari debet. (4) Iusto per haec verba; *Quamvis per te non stet*; tunc autem staret per venditorem. Resp. Non staret respectu emptoris et post venditionem. Delictum praecedens, si tale fuerit, non est violatio fidei in hoc contractu. Haec hactenus; quo modo si in omnibus controversiis procederem, nimis longi fierent loci, etsi forte perspicuitati consuleretur. Caeterum sicuti damnum spectat ad emptorem, ita quoque lucrum pertinet ad eundem, veluti si res aucta sit vel fructus ex re provenerit. *d.* §. 3. *l.* 7. *de peric. et comm. rei vend.* Ubi redditur et ratio petita ex eo, quod secundum naturam est, uti commodum cujusque rei sequatur eum, quem sequuntur incommoda. *l.* 10. *de R. J.* Ideoque licet emptor non sit dominus, effectu tamen dominii ipse, non venditor, gaudet; hic enim illi cedere cogitur actiones, quas tanquam dominus habet, rei vindicationem, aut condictionem furtivam, *hoc* §. 3. *in fine.* nisi fuerit emptor hereditatis, qui sine speciali cessione has habet actiones, quia est emptor universitatis. *l.* 16. *de Pact.* Denique et Ecclesiae datur ex speciali jure, priusquam tradita sit res empta, rei vindicatio. *l.* 24. §. 1. *C. de SS. Eccl.* v. Bronchorst. *cent.* 2. *miscell.* 38. Posse quoque venditionem sub conditione contrahi, dubium non est, modo ne bonis moribus aut naturae contractus repugnet, *l.* 27. §. 3. *et* 4. *de Pact.* et quidem antequam existat conditio periculum est Venditoris, quippe contractu nondum perfecto; sed post conditionem periculum est emptoris jure communi; quod si in diem venditio contracta sit, pendula dies nihil mutat in substantia obligationis, proinde, nec in ferendo periculo. *arg.* §. 2. *supra de Verb. oblig.*

II. (k) Pars II. de merce habet hanc regulam. Quae haberi vel possideri queunt, ea vendi possunt. *l.* 34. §. 1. *de contrah. empt.*

Non possunt quae commercio exemptae, ut res sacrae, religiosae, publicae, §. *ult. h.* liberi homines, *d. l.* 34. §. 1. *et* 2. neque res extinctae, (*) ut equus mortuus, domus exusta, *l.* 15. *pr.* §. 1. nisi pro parte usta fuerit, *l.* 57. *in pr. de contrah. empt.*

Scholium.

(*) *Quas scilicet ignoramus extinctas, arg.* d. l. 15. §. 1. de cont. empt. et §. 1. inst. de inut. stipul. vide supra notata ad n. 20. tit. de Legatis. *Unde equus mortuus si ut talis venditus fuerit, emptio erit, idem si area domus exustae.*

Nec aedes ut destruantur, sub poena dupli, *l.* 52. *d. tit.* non venena, nisi medice temperentur, *l.* 35. §. 2. nec denique res alienari prohibitae. *l. ult. C. de reb. alien.*

Harum rerum venditio nulla est, *dd. ll.* sed qui res tales ignoranti vendidit, in id quod interest tenetur, §. *ult. h. l.* 62. §. *de contrah. empt.* et hoc sensu ejusmodi rerum venditio valere dicitur in *l.* 4. *et l.* 70. *de contrah. empt.*

At res, quae non existunt, futurae tamen sperantur, ut fructus et partus futuri, vel captus piscium, avium aut missilium, recte venduntur; nam et spei emptio est. *l.* 8. *eod. tit.* Adde Wissenb. *ad ff. de contrah. empt. th.* 3. *et de act. empt. th.* 4.

Jura quoque incorporalia, ut hereditates, actiones, *tit. ff. de hered. vel act. vend.* item reditus annui, recte venduntur, *Nov.* 72. *cap. pen.* etiam iis in locis, ubi usura prohibita est; nec enim is qui emit, usuram percepit. Nam usura supponit sortem perinde ac foetus peti posse, quod hoc secus est, cum nihil quam reditus quotannis peti quest. Molin. *tract. de usur. p.* 12. Wissenb. *d. l. th.* 5.

Res quoque alienae, sicut dictum, vendi possunt, *l.* 28. *d. t.* hactenus, ut venditor rem tradere cogatur et de evictione cavere, non ut

k) *Pos.* 7. *et seqq.*

(4) *Videtur dicendum, quod in* l. 33. ff. locat. *fundus sola belli injuria fuerit publicatus, quae injuria venditori facta, emptori nocere non debet. Videsis Gerard. Noodt. ad pand.* lib. 18. tit. 6.

emptor rem, quam probare poteat alienam esse, acoipere oogatur, nisi praestet venditor, ut ei rem habere liceat. Tuldeu. *ad tit. C. do act. empt. n.* 3.

De re furtiva sic est, si uterque scit furtivam osse, nihil agitur; si emptor solus sciverit et res tradita sit, ipse ad pretium tenetur, nec habet actionem ullo casu contra venditorem. Si venditor solus sciat, ipso tenotur in id quod interest, emptor ad pretium, quatenus rem habere vult, haud aliter *d. l.* 34. §. 3. junct. §. *f. h.*

12. (l) Res debet tradi cum fructibus et omni causa, *l.* 13 §. 10. 13. 18. *et ult. de action. empt.* fundum sequitur quicquid terra se tenet, nihil amplius, non suta et caesa (α) *l.* 17. *in pr. et* §. 6. *eod.* excepto sterquilinio, quod agri nutriendi, non causa vendendi habetur. *d. l* §. 3.

S c h o l i u m.

(α) *An dolia et torcularia, an pisces, qui sunt in piscina, quae est in fundo?* vid. *Wissenbach.* de A. E. et V. th. 1.

Ædes venditas (β) sequuntur, quae perpetui usus causa in illis sunt, licet non adfixa, ut aerae pensiles, claves, claustra, opercula puteorum, personae ex quarum rostris aqua fluit, quaeque detracta sunt aedibus, ut reponantur, noo quae parata sunt ut imponantur. *d. l.* 17. *in pr.* §. 7. 8. *et seqq.*

S c h o l i u m.

(β *Vinum, Tabernam, Horreum, Arcem venditas quid sequatur*, vide Wissenb. d. th. 1. item th. 5. 6. 7.

Atque haec et similia deberi videntur emptori, licet dictum sit aedes vendi cum iis quae terra, parietibus et clavis tenentur, ut vulgo fit; non tamen laminae focales, aut lecti, vel scalae, si mobiles nec fixae sint, nisi si quo aliter adscendi nequeat. *arg. d. l.* 17. §. 7.

Agro ad certa jugera vendito pretioque in singula coostituto, si plus minusve reperiatur, summa pretii augetur vel minuitur, secus, si ad speciem vendatur *l.* 40. § 2. *do contrah. empt.* Formulae verborum caute examinandae: bene si addatur, *pro mensura nummi*, aut *quantus quantus sit*, ut fere nostrates. Pactum de tempore metiendi servandum est, sed et ibi verba varie se habent. *d. l.* 40. *in pr.* vide auotores apud Wissenb. *ad d. tit. de contrah. empt. th.* 6.

Si de re vendita mentitus est, ut rem pluris venderet, tenetur venditor, *l.* 13. §. 4. *de act. empt.* item, si quid ex oneribus rei aliter professus sit in tabula publica quam in ea re est, sciens, tenetur in id quod interest; tametsi in conditionibus apud venditionem aliter posuerit, noo id ab emptore animadversum sit. *l.* 13. §. 6. *de act. empt.* Sand. 3. 4. 6. Mutuus dolus compensatur. *l.* 57. §. *f. de contrah. empt.*

13. (m) Tenetur venditor ad tradendum; unde si dominus est venditor, etiam emptor fit dominus, sin, evictionis causa tenetur. *l.* 11. §. 2. *de act. empt.*

S c h o l i u m.

Non praecise ad dandum: sed emptor ad dandum obligatur. Wissenb. de contrah. empt. th. 4.

Vacuam quoque possessionem (*) tradere debet venditor, hoc est, quam alius nemo civiliter aut naturaliter possideat, *l.* 2. §. 1. *et l.* 3. *pr. de act. empt.* et ad cautionem, quoties periculum evictionis imminet, tenetur. *l.* 24. *C. de Evict.* Sand. *d. tit.* 4. *def.* 9.

S c h o l i u m.

(*) *Sub stipulatione vacuae possessionis, an veniant fructus, alia quaestio est, quam vide ap. Wissenb.* de A. E. th. 8. *cui junge Strauch.* d. l. et notas ibid.

Qui rem vitiosam vendidit, tenetur in omne id quod interest, si ignorans, tantum in id, quanti res minoris fuerit. *l.* 13. *in pr. de act. empt.*

At in *l* 19. §. 1. *Locati.* indistincte in id, quod interest convenitur: forte ita, si damnum immediate ex eo vitio inferri debuit, ut si vinum in vase pertuso sit venditum. Secus in vitio, quod damnum interveniente facto emptoris adferat, ut in pecore morboso, in tigno vitioso. vid. Wissenb. *ad ff. locati th.* 23. (5)

14. (n) Actio venditi datur post traditionem; prius agenti obstat exceptio rei venditae non traditae, *l.* 25. *de act. empt.* potest tamen ante traditionem agere venditor in hoc, ut emptor rem venditam tollat. *l.* 1. §. 3. *de peric. et comm.*

(l) *Pos.* 14. (m) *Pos.* 24. (n) *Pos.* 26. *et seqq.*

(5) *Puto nodum in l. 19. §. 1. loc. ita expediri posse. Quod in casu istius L. ignorantia locatoris, dolia taliter vitiosa ut ex iis deinde vinum effluxerit, locantis, non sit excusata, quia non praestitit id quod adfirmaverat, dixerat enim esse dolia, adeoque adfirmaverat esse talia, ut possent continere liquorem, quod non praestitit.*

SCHOLIUM.

Imo etiam si modo offerat traditionem, emptor enim regulariter solvendo pretium, initium facere debet. vid. not. ad Strauch. d. l.

Venit in hanc actionem maxime pretium et usura post tempus rei traditae, cum sumptibus et eo quod interest *l.* 13. §. 19. *et seqq. de act. empt.* et quicquid inter partes insuper convenit. §. 23. *et seqq. d. l.*

Denique, si in locatis ager aut domus fuerit, pensiones venditori, qui locaverat, cedent, ad tempus usque traditionis scilicet *d. l.* 13. §. 11. et 13. *in med.* Wissenb. *de A. E. th.* 10.

TIT. XXV.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

I. Definitio Locationis conduct. explicata. II. Convenientia ejus cum emptione vendit. quo ad conventionem. III. Quoad rem. IV. Quoad pretium. V. Quid si merces certa non sit expressa, vel non consistat in pecunia numerata. VI. Si conventum sit cum fabro de poculo faciendo, an emptio venditio, an locatio conductio sit. VII. Emphyteusis definitio explicata. VIII. Differentiae ejus a locatione. IX. Modi quibus finitur emphyteusis. X. Discrepantia locationis conduct. ab emptione vendit. XI. De actione conducti. XII. De actione locati. XIII. Modi quibus finitur locatio. XIV. Speciale quarundam conductionum.

(a) LOCATIO CONDUCTIO est conventio de re aliqua fruenda vel facienda pro certa mercede. Dicitur a *Loco*, unde *Locarium*, merces stabuli aut tabernae, ut solarium, quod pro usu soli penditur, nomine contractus ab usu rerum immobilium, quae species praecipua est, petito. Verba *fruendi vel faciendi*, significant locationem esse vel rerum vel factorum. In conductione rerum, Locator est, qui rem utendam dat, conductor, qui accipit. In locatione operarum, idem diverso respectu est locator atque conductor, nam qui locator est operis, idem conducit opus, et contra *l.* 19. §. 7. *et l.* 25. §. *pen. et pass. h. t.* Verbis, *pro certa mercede*, distinguitur hic contractus a commodato, precario, mandato, quae pecuniam penitus respuunt, etiam a contractibus innominatis, in quibus etsi pecunia promittitur, nulla tamen certa mercedis constitutio fieri solet aut potest, salva contractus Natura. §. 1. *h.* Natura hujus contractus et omne argumentum tituli, intelligitur ex convenientia et disconvenientia ejus cum emptione venditione, cui locatio conductio proxima est iisdemque juris regulis consistit. *pr. h. l.* 1. *et* 2. *h.*

2. (b) Regulae istae vel circa conventionem versantur, vel circa rem, vel circa pretium. Quae ad ipsam conventionem spectant, hae sunt: I. Uterque contractus est Juris Gentium et bonae fidei, *l.* 5. *de just. et jur.* §. 28. *I. de Action.* ubi plenius de qualitate bonae fidei dicetur. II. Regula: locatio, sicut emptio, perficitur solo consensu, *h pr.* nisi convenerit ut in scriptura fieret, per *l.* 17. *C. de fid. instrum.* qua de re ad tit *praeced.* ut intelligas, idem juris analogice in hoc casu esse in locatione conductione, quod esse diximus in emptione venditione. III. Regula; obscuritas conventionis nocet in dubio tam venditori quam Locatori.

SCHOLIUM

Sed haec regula multas limitationes admittit, et valet tantum in eo casu, si venditor et locator conditiones adjecerint contractui. Quod si igitur emptor et conductor conditiones adjecerint, contra eos interpretari solemus l. 39 de pact. *junct.* l. 33. et 34. de contrah. empt. *Alia exceptio est in* l. 13. Qui potiores in pignore.

RESPONSIO.

Regula nititur hac praesumptione, quod venditor et locator utrique legem dicere soleant. Quare si legem hoc modo reformare vis, obscuritas conventionis utrobique nocet ei, qui legem dixit, nihil refragor.

3. (c) Sequuntur regulae, quae ad rem venditam aut locatam pertinent, quarum prima generalis est. dictans; Quae res possunt vendi, easdem accipere locationem conductionem, ut ex inductione specierum utriusque tractatus constat. II. est; Res proprias neminem, sicut emere, ita nec conducere posse *arg. l.* 1. §. 10. *de O. et A.* Adeo ut si quis rem alienam tibi locaverit eaque deinceps tibi docata vel

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. *et* 4. (c) *Pos.* 5. *et* 6.

legata sit, exinde nolla fit locatio conductio; tametsi temporis praeteriti pensio, debeatur. *l.* 9. §. *ult.* *h.* *t.* Quid si convenerit, ut emptor rem certa mercede conductam habeat, donec omnis pecunia persolvatur, an eo casu dominus traditione factus ex causa venditionis, non est idem conductor, ut in specie *l.* 21. *eod*? Non videtur, quia tum fides de pretio non est habita, quae res argumento est, dominium non esse translatum. §. 41. *de R. D.* III. Regola; quae accessiones sequuntur emptorem, eaedem locatione conductione comprehendi intelliguntur, qua de re *tit. praeced.* actum et agetur *ad. ff. tit. de action. empt.* In summa, quicquid rei affixum atque ad usum ejus perpetuum comparatum est, conductori praestandum est.

4. (d) Supersunt regulae circa pretium. I. Sicut in venditione pretium consistere debet in pecunia numerata, sic etiam merces locationis in pecunia constitui debet. *l.* 5. §. 2. *Praescr. verb.* *l.* 1. §. 9. *Depos. et l.* 23. *Comm. Divid.* II. Sicut pretium in venditione, sic merces in hoc contractu conferri potest in arbitrium tertii, cum eodem effectu, quo supra de venditione diximus. §. 1. *h. t.* III. Merces hic etiam certa esse debet, quemadmodum de pretio rerum venditarum similiter antea dictum est. *d.* §. 1. *vers. qua de causa.*

5. (e) Caeterum, si quis rem aut factum alteri locaverit, nulla mercede expressa, tum non est locatio Conductio, sed contractus innominatus Do ut facias, vel Facio ut des, ideoque praescriptis verbis agitur, §. 1. *h. t.* quae est ordinaria ex omni innominato contractu actio, praescriptione verborum rem gestam demonstrans et ex aequitate conclusionem suggerens, cum nullae de ejusmodi negotiis actionum formulae olim essent praescriptae. (1) *l.* 1. *et toto tit. D. de praescr. verb. l.* 6. *C. de Transact.* Idem est, quando usus rei unius datur pro usu alterius rei, ut cum agricolae alternis vicibus sibi invicem concedunt usum jumentorum, §. 2. *h. tit.* quam esse speciem innominati contractus dubium non est *d.* §. 2. *in fin.* etsi ad nullam istarum quatuor specierum, quae vulgo enumerantur, Do ut des, Do ut facias, Facio ut des, Facio ut facias, referri queat; nisi verbum faciendi latius extendere velis, ut ita ad speciem, quae Facio ut facias dicitur, referatur; quanquam sane faciendi obligationes proprie sunt ejusmodi praestationes, quae in factum extreme desinunt, non quae ad usum rei tendunt, ut haec species. Tabulam pingere, insulam aedificare, Romam ire, et similia sunt mera facta, non traditiones aliaeque rerum praestationes; tametsi et hae facti aliquid contineant neque non facta saepe dicantur.

6. (f) Affinitas utriusque contractus insuper duobus exemplis dubiis enarratur. Prius et facilius est *in* §. 4. *h. t.* convenisti cum fabro de poculo faciendo, quaeritur emptio venditio sit an locatio conductio; si ex tuo argento fecerit, est locatio, si de suo est venditio. Prior casus ex utroque contractu mixtus est, sed a potiori fit denominatio. *l.* 2. §. 1. *h. tit.*

7. (g) Altera species, quae dubii generis fuit olim inter emptionem atque locationem, fuit Emphyteusis, quae definitur, Contractus consensualis, quo dominus fundi sui fructum et jus dominio proximum concedit alteri, hac lege, ut fundum faciat meliorem, et quamdiu vectigal sive pensionem praestat, eum fundum retineat. §. 3. *h. t.* Quandoquidem consensualis hic contractus est, utpote e duobus consensualibus mixtus, sequitur, scripturam ad ejus essentiam non requiri, quamvis ob pacta specialia, quibus potissimum emphyteusis a venditione atque locatione distinguitur, plerumque scriptura interveniat: unde verba in *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* *interveniente scriptura.* Et forte in Ecclesiastica Emphyteusi scriptura vix unquam omittatur. *l.* 14. §. *ult.* *Auth. hoc jus. C. de SS. Eccles.* *N.* 7. *c.* 1. *N.* 120. *c.* 6. *et* 7. Res loquitur, genus hoc contractus alibi quoque gentium non fuisse incognitum, ideoque magis est, ut origine juris gentium sit. Quod enim Zeno Imperator in *hoc* §. propriam emphyteusi naturam statuisse dicitur, id sane habet hunc sensum, quod cum antea dubitaretur, utrum emphyteusis esset emptio venditio, an Locatio Conductio, Zeno statuerit hunc esse contractum a duobus reliquis distinctum. Plane quae a Zenone sunt addita *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* tantum ad formam pertinent, non ad originem emphyteuseos. vid. Wissenbach. *P.* 1. *disp.* 18. *th.* 30. Jus dominio proximum efficit, uti multo plus juris habeat emphyteuta quam usufructuarius, tametsi in eo conveniat, quod utrique datur utilis in rem actio, *l.* 1. *D. si ager. vectig. id est emph. pet.* usufructuarius fundi faciem mutare non potest, veluti ex arvo cereali facere vineam, ex sylva novalia, *l.* 13. §. 4. *l.* 44. *et l.* 61. *D. de usufr.* sed emphyteutam hoc facere posse, nulla ratio dubitandi est. Giphan. *ad. l.* 1. *C. de jur. emphyt.* Dictum est in definitione, fructum et jus dominio proximum *fundi* hoc contractu transferri. Nam

(d) *Pos.* 7. *et* 8. (e) *Pos.* 9. *et* 10. (f) *Pos.* 11. (g) *Pos.* 12. *et* 13.

(1) *Confer Hein. Antiquit. Rom.* lib. 4 tit. 6. §. 32. *et ejusd. not. ad Vinn. ad* §. 1. h. t. n. 1.

utique res mobiles ad usum hujus negotii sunt ineptae, quin et urbana praedia, ut ipsa vox *παρὰ τὸ ἐμφυτεύειν* et *rubr. Pand. Si ager vectigalis* et scopus meliorationis indicat. Peres. ad *tit. C. de jur. emphyt. n.* 2. Sequitur in definitione, *ut fundum faciat meliorem*: etenim hac gratia domini, jus quasi dominii suorum fundorum pro vectigali modico transferunt, ut colendo curandoque meliores atque fertiliores fiant: unde quia hoc perpetuum est, ipsum jus emphyteuticum nomine meliorationum aliquando venit. *l.* 3. *in pr. d. t. C.* Verba ultima volunt emphyteusin sua natura jus tribuere perpetuum, quamdiu scil. vectigal sive pensio solvitur, ut *hoc* §. 3. *et l.* 1. *d. t. si ager vectigal* declaratur; adjectio temporis contra naturam hujus contractus esse videtur. *l.* 1. *C. de off. com. sacr. palat. l.* 1. *et* 3. *de Locat. praed. civit. l.* 11. Sandius *lib.* 3. *decis. tit.* 6. *defin.* 10. *vers. quia a Saxone.* Est tamen ita, quod et tempus adjici potest non modicum, *l. ult. si ag. vectig.* quo casu aliis pactionibus, quae conductionis modum superant, a locatione distinguendus est. In dubio alioqui locatio potius praesumitur quam emphyteusis, quia locatio conductio longe quam emphyteusis frequentior est.

8. Igitur, quid differat emphyteusis a Locatione Conductione, satis ex definitione constat. Etenim *Emphyteusis*, inquam, est de rebus immobilibus, et quidem de fundis, *Locatio* de rebus quibusvis, etiam de operis, a quibus emphyteusis est alienissima. *Emphyteusis* tribuit jus Dominio proximum, *l.* 3. *C. de jur. emphyt. Locatio* nihil quam usum rei. Conductor non tenetur de casu fortuito, §. *pen. h. t.* sed Emphyteuta fert omne damnum particulare, *l.* 1. *C. de jur. Emphyteut.* Hinc ob insignem sterilitatem, propter quam Colonus impetrat remissionem mercedis, *l.* 15. §. 4. *D. Locati* Emphyteuta nihil impetrat remissionis, *d. l.* 1. *C. de jur. emphyt.*

9. Differunt quoque in modis finiendi, nam Emphyteusis finitur si Emphyteuta jus suum, ignaro domino, in alium transtulerit, titulo venditionis: nam donatio aut alii tituli non prohibentur. *l. ult. C. eod. tit. l.* 71. §. *pen. et ult. de Leg.* 1. Neque enim istis titulis conveniunt ea, quae in *d. l. ult.* junguntur prohibitae venditioni; scilicet, quod domino pro consensu debetur quinquagesima pars pretii, vulgo laudemium (origine vocis latinissima, ab auctore laudando, flexione duntaxat semibarbara) ut et *προτίμησις* sive Retractus, quo dominus intra duos menses, eodem oblato pretio, extraneis emptoribus praeferri potest. Caeterum, conductor alium substituere potest, si non interest Domini. *l.* 6. *C. h. t.* Secundo finitur, si Emphyteuta non praestiterit apochas publicarum functionum, hoc est, si non solverit tributa fundo imposita *l.* 2. *C. de jur. emphit.* Denique, si emphyteuta non solverit pensionem intra triennium, vel si ecclesiastica sit Emphyteusis, intra biennium, *l.* 2. *C. de jur. emphyt. auth. Qui rem. C. de SS. Eccles.* qui modus convenit etiam ex parte, ut mox dicetur, locationi.

10. (h) Satis longa fuit digressio: Redeamus ad locationem conductionem, cujus convenientiam cum emptione venditione habuimus. Videamus et discrepantias.

Prima, locatio tam est factorum quam rerum, venditio factorum non est: jactus retis quidem venditur, sed haec magis est spei sive rei incertae, quam facti venditio. in *l.* 12. *de action. emp.*

11. Emptor et venditor semper eodem modo se habent, ut Emptor rem habere, venditor ea carere pretiumque habere velit. Etiam in locatione rerum ita. Nam conductor est, qui rem accipit fruendam et dat mercedem. Locator, qui dat rem fruendam et mercedem accipit. In factis uterque locator et conductor est. v. e. Poculum loco faciendum, hortum putandum; Fabri, hortulani operam conduco. Faber, hortulanus operam locat suam, Poculum, hortum conducit.

SCHOLIUM.

Communis opinio est, locatorem operae esse conductorem operis, et conductorem operae esse locatorem operis per l. 19. §. 7. et l. 25. §. pen. et passim h. t. *Sed locatio et conductio operis est impropria, tum quia locator non accipit mercedem, tum quia conductor rem non accipit ad usum suum. Unde nec actio locati locatori, nec conducti conductori; sed illi actio conducti tanquam conductori operarum, huic locati tanquam operarum locatori competit.*

RESPONSIO.

Est quaestio de verbo. Non opus est ut locator facti accipiat mercedem, quo Locator sit, nec ut conductor re fruatur, haec petunt principium. Actionem locati non dari ei, qui hortum locavit elaborandum, nec conducti hortulano, gratis dicitur; Nihil obstat quominus detur.

N. ADDIT.

Ita est, est quaestio de verbo, in quibus simus faciles. Quoad rem ipsam, locator in

(h) *Pos.* 14. *et seqq.*

genere similis est venditori, conductor emptori. Hoc intuitu, locator concedit usum vel rei vel operae, conductor dat mercedem. Et hic significatus est haud dubie proprius. Ergo is, qui huic est oppositus, haud dubie erit improprius. Si nihil obstat, quominus detur actio conducti hortulano, locati domino, qui conduxit operas hortulani, fiet confusio actionum, non solum distinctarum, sed et oppositorum, ac idem hoc esset, ac si dicerem, actionem venditi competere emptori, empti venditori. Ita idem haberet adversus eundem, intuitu ejusdem negotii, actionem et locati et conducti.

III. Differentia. In venditione id agi intelleximus, ut dominium transferatur, Locatio conductio *dominium transferre non solet. l.* 39. *Locati.* Quae verba non carent emphasi; quatenus dantur casus quidam anomali locationis conductionis, in quibus ipso actu Dominium transfertur: veluti, quando argenti pondo certum damus fabro, ut tantundem in vasis factis restituat, aut cum frumenta plurium: quae transvehenda locantur in una nave, confunduntur. vid. *l.* 22. §. 2: *l.* 31. *d. tit.* (2) Faber conducit domum faciendam, ut ipse materiam praestet; Coquus epulum conducit praebendum, ut ipse edulia quoque praestet; Locationes esse videntur, quibus dominium transeat. Hinc IV. differentia; In locatione conductor non fert periculum rei de casu fortuito, ut emptor, sed tantum de culpa tenetur. §. *pen. h.* V. Differentia; Pretium emptionis nunquam nisi in pecunia numerata consistere potest; merces conductionis potest etiam constitui in certa quantitate fructuum, qui ex fundo locato proveniunt, *l* 8. *et l.* 21. *C. Locati.* quanquam et haec species ad societatem, vel ad Contractum innominatum accedit, *l.* 25. §. 6. *D. eod. et l.* 8. *C. de pact.* ubi *partiarii* coloni.

SCHOLIUM.

Partiarius colonus cum colono d. l. 21. *non debet confundi. Nam partiarius colonus non praestat certam quantitatem fructuum, sed incertam, v. g. quartam partem etc.*

RESPONSIO.

Non confunduntur a nobis partiarius et qui pro definita quantitate fructuum conduxit; sed utrosque opponimus eis, qui pecuniariam dant mercedem.

N. ADDIT.

Ita bene est. Quod tamen sensum hunc ex verbis Autoris non potuerim exsculpere, alii videant an meo vitio id sit factum, et an verba. quanquam et haec species etc. *alium suadeant sensum, quam quem ego supposui in Scholio.*

Denique in locatione non habent locum, ut in venditione, cautiones de Evictione aut Ædilitii Edicti, quod est de vitiis rerum, de quibus in Pandectis agendum. *l.* 1. *et t. t. de Ædil. Ed.*

11. (i) Nascitur ex hoc contractu Actio conducti et Locati. *pr. h. t.* Conducti Actio datur conductori ad petendum usum rei locatae, et si quid sua intersit, *l.* 7. 8. 9. *h. t.* tametsi fortasse per ipsum locatorem non steterit, quominus re conducta uteretur, sed per aliquem tertium, *l.* 33. *D. locati.* sane, si rem ita non reficiat, ut quis commode ea re possit uti, aut aliud quid non praestetur quod lege conductionis aliter convenit, agi potest, *l.* 15. §. 1. *eod. tit.* ut tamen remissio mercedis ob quodlibet transversarium peti non possit. *l.* 27. *in pr. h. tit.* denique impensas utiles aut necessarias in rem factas conductor repetet, nisi ex lege conductionis ad eas fuerit obligatus. *l.* 55. §. 1. *h. t.*

12. (k) Locati actio datur locatori, ad repetendum rem locatam atque mercedem, et id quod interest. *l.* 25. *et l.* 28. *C. h. t.* Quo autem tempore solvenda merces? Quo convenit sine dubio, *l.* 16. *C. h. et l.* 23. *in med. de R. J.* alioqui non videtur esse causa exigendi ante tempus usumque rei finitum, nisi mos regionis aliud ferat. *l.* 34. *de R. J.* Non tamen ad integram mercedem tenetur conductor; Nam si *in majori* θεῶν βία, non ex vitio rei vel pravo successu curae atque culturae (aliter *Pontifex c.* 3. *v. Locati*) magna sterilitas agrum afflixerit, remissionem, ut diximus, impetrat conductor; nisi in se periculum susceperit, vel ubertate sequentis anni praecedens sterilitas compensetur, *l.* 15. §. 2. *et seqq. l.* 7. 8. *D. h. t. l.* 8. *C. eod.* quin remissa merces ob fertilitatem secutam revocari potest, etsi donandi verbo sit usus Locator: quia magis est, ut transigendi animus intelligatur. *d. l.* 15. §. 4. Quod si conductor rem ante tempus dictum sine justa causa deseruerit, ad integri temporis mercedem et quidquid praeterea domini intereat tenetur. *l.* 55. §. *ult. h. t.* Estne justa causa metus spectrorum? Non facile, nec tamen non prorsus. vide *l.* 27. §. *ult. h. t.*

SCHOLIUM.

Quid ex l. 25. §. ult. hic *Autor inferre velit, ignoro. Ad* l. 184. de R. J. *provocat*

(i) *Pos.* 34. *et* 35. (k) *Pos.* 32. *et* 33.

(2) *Hanc* l. 31. *eleganter et solide exponit. locat vir ampliss. Corn. Van Bynkershoek observat.* lib. 8 a Cap. 1. usque ad 8.

Wissen. ad ff. h. t. th. 16. *et argumento ejus in Senatu Parisiensi judicatum refert, metum spectrorum non esse justam causam recedendi a locatione. Quamvis ipse Wissenbachius metum spectrorum inter vanos referendum non vult, et ita a Senatu Parisiensi dissentit. Sed videntur tamen conciliari posse. Est metus hic non semper vanus, quia dantur spectra, idque non credimus saltem, sed et ex variis exemplis scimus. Sed est tamen saepe vanus, tum propter excessum imaginationis, tum propter varios dolos hominum malignorum et otiosorum. Unde non sine causa refert Lucien Soefve* dans le nouveau recueil des plusieurs questions notables cent. 2. chap. 32. *in supremo Auditorio Parisiensi fuisse in simili casu judicatum contra conductorem, praeprimis cum ille ad probandam spectrorum apparitionem, testes saltem produxerat feminas et virgines deponentes, lectos et stragula ipsis fuisse vi subrepta, cibariaque remota, massas quasi igneas in aedibus huc illuc volutatas, tigna ex superiore domus parte dejecta, sensisse etiam se ad ventriculi regionem ita comprimi, ut vix spiritum ducere potuerint, quae omnia vel ex naturalibus causis, vel hominum illudentium artibus orta esse poterant, nemoque deponeret, se oculis vidisse spectrum, aut verbera vel alium noxam ab eo accepisse.*

Responsio.

Pro l. 25. *poni debet* l. 27. §. ult. d. tit. *quae de causa emigrandi, propter justum vel injustum timorem loquitur. Sed haec res ex legibus in terminis non decidetur. Res pendet e facti circumstantiis et conditione personarum.*

N. A u c t.

Jam quidem mallem assensum praebere judicato Senatus Parisiensis, judicantis vanum esse metum spectrorum. Ad ea, quae in contrarium in scholio sunt allata, facile regeri potest, exempla aliorum non parere scientiam, sed fidem, vel etiam credulitatem.

Culpa, ad quam tenetur Conductor, est levis. *l.* 5. §. 2. *D. Commodati.* Obstat quidem *hic* §. *pen. et l.* 25. §. *penult. D. h. tit.* ubi diligentissimi patrisfam. officium exigitur: sed fundamentum *d. l.* §. 2. est stabile et proinde in reliquis textibus agitur vel de specialibus negotiis, quorum administratio majorem curam postulat, vel superlativus loco positivi collocatus videtur negligentius, quod fit aliquando, ut *in l.* 6. *Quod met. c.* Constantissimus pro *Constans.* Tenetur etiam conductor de omni damno, quod ejus contemplatione datum est, veluti cum propter inimicitias ejus vicinus arbores excidit: nam et hoc culpae ipsius adnumeratur, saltem ipsi imputandum censetur. *l.* 25. §. 4. *Locati.*

13. (l) Modi quibus finitur locatio, sunt I. Tempus praefinitum, non mors; transit enim ad utriusque contrahentis heredes, §. *ult. h. t. l.* 10. *C. h. t.* ubi *viam veritatis*, qui secus putat, *ignorare* dicitur. Si contrahentes passi sunt tempus labi, nec usum rei mutaverint, tempus quo continuarunt, tacitae conventioni imputatur, imo in agris ad annum tenentur invicem, quia perceptio fructuum anno circumagitur, *l.* 13. §. *ult. et l. seq. h. t.* in urbanis, quatenus habitatum est, *l.* 13. §. *f. h. t.* quod non ita capo, ut is qui *v. gr.* per triennium in aedibus habitavit, eo tacite elapso, rursus ad triennium conduxisse videatur; sed quod id tempus, quo post spatium condictum habitare perseveravit, vi conductionis habitaverit, cum hoc tamen sensu, uti semper et expelli et excedere possit. Moribus *passim.* nisi certo tempore ab eo, qui a locatione vult discedere, sit renunciatum, ad annum usque renovata censetur conductio, tam in aedibus quam in agris, non etiam in rebus mobilibus. II. Finitur, resoluto jure locatoris, etsi longius sit tempus adjectum, ut si fructuarius rem locaverit et ususfructus sit finitus; nec quidem heres fructuarii in id quod interest tenetur, nisi defunctus jure communi non qua fructuarius locaverit. *l.* 9. §. 1. *h. t.* Eadem ratione per venditionem a locatore factam solvitur conductio, nec enim emptor ea stare tenetur, sicut nec reliqui successores particulares; nisi aliter convenerit. *l.* 25. §. 1. *h. t. l.* 9. *C. eod.* At si pacto non caverit venditor idemque locator, ipse conductori tenetur in id quod interest. Ideoque hujus refert in eum finem cum emptore pacisci. *d. l.* 25. §. 1. Conductor tamen ex illo pacto nec actionem nec exceptionem habet, sed is, qui pactus est solus, *arg.* §. 19. *supr. de inut. stipul.* qui intervenire debet ad tuendum conductorem vel ei cedere jus suum. Exceptio est, si conductor pro hoc contractu hypothecam saltem generalem habeat; haec enim ei tribuit retentionem, donec ei satisfactum sit de eo, quod sua intersit, *arg. l.* 1. *in pr. de pignor. et hypoth.* Sand. *l.* 3. *t.* 6. *def.* 7. non puto tamen id esse verum de quolibet jure in re, quod conductor ex alia causa habeat, ut Sandius ibi ponit; contra liquet ex *l.* 25. *C. h. t.*

(l) *Pos.* 21. *et seqq.*

III. Finitur locatio, si conductor toto biennio non solvat mercedem, modo dominus jure suo velit uti, *l.* 56. *h. t.* quo casu obtinent ea, quae *superius n.* 9. de emphyteusi diximus. Wissenb. *ad ff. h. t. th.* 21. IV. Finitur locatio, si Dominus rem locatam propriis usibus necessariam esse probaverit; necessitas autem rigide accipienda videtur, ne temere adversus proprium factum nitatur *l.* 3. *C. de loc.* V. Si dominus aedes *corrigere maluerit*, ut sunt verba *d. l.* modo tanta reparatio sit, ut habitationem impediat; quod ob publicam utilitatem receptum, ne aedificia collabantur, quo nihil tristius urbibus *l.* 2. *C. de aedif. privat.* VI. Si conductor in re conducta male versatus sit, *d. l.* 3. hoc est, officium boni patrisfam. notabiliter egressus sit.

14. Invitus nemo in locatione semel finita persistit, neo locator neque conductor. *l.* 32. *C. de locat.* Sed publici praedii conductoribus tribuitur, ut aliis, si tantundem mercedis offerant, praeferantur *l.* 5. *in f. C. de locat. praed. civil. vel fiscal. sive templorum.* Argum. *d. rubr.* extenditur hoc jus ad praedia templorum, non ad ecclesiastica, neo domuum miserabilium. Sand. *d. tit.* 6. *def.* 2. *in fin.* Idem privilegium habent studiosi ex jure canonico, *c.* 1. *X. de locat. cond.* idque moribus servatur. Sand. *ibid.* Publicani et conductores praediorum publicorum viceversa non detinentur inviti in conductione, *l.* 3. §. 6. *de jur. Fisci.* nisi maximos fructus tulerint et locatio bonis conditionibus denuo fieri nequeat. l. 11. §. *ult. de publican.* Wissenbach. *d. l. th.* 24. Finita locatione, conductor rem evacuare debet, etsi dominium, vel aliud in ea re jus sibi esse contendat. *l.* 25. *C. h. t.* respice *ad n.* 12. *h.* Si neget restitutionem, possessionemque contumaciter retinest, donec ad restitutionem condemnetur, duplum praestare cogitur. *l.* 31. *C. eod.*

TIT. XXVI.

DE SOCIETATE.

I. Quid societas. II. Quotuplex sit societas. III. De partibus lucri et damni. IV. Si unus pecuniam, alter operam contulerit, an soluta societate sors dividatur. V. De distributione quae fit conventione partium inaequali. VI. Modi quibus finitur societas, ubi de renuntiatione. VII. De morte et caeteris modis. VIII. De actione pro socio.

(a) Societas est Conventio de rebus lucroque et damno communiter habendis. Genus est Conventio; qua voce distinguitur a Rei communione, quae est ex numero quasi contractuum et sine conventione res facit communes, de qua specie in loco *inferius* tractabitur. *De rebus;* etenim res plerumque communicantur, *l.* 1. §. 1. *pro soc.* aliquando tamen dominium manet penes unum et artis operaeque societas sola contrahitur cum lucro atque damno, ut mox ad §. 1. Partiarii coloni hinc non sont alieni. *l.* 25. §. 6. *Locati.* Materiam faciunt res operaeque honestae, non turpes, ut monopolia, maleficia. *l. un. C. de monop. l.* 53. *et* 57. *pro soc.* Proinde, quod sic, imo et aleae Venerisque opera quaeritur, ut a Vespasiano adamato apud Suetonium, id omne penes potitum, ut nactus est, manet, *l.* 59. §. 1. *eod.* licet aliter sit in hereditatis petitione et in negotiorum gestione, *l.* 52. *de Hered. pet. et l.* 8. §. 1. *de negot. gest.* in illa propter universalitatem judicii, quod merito pandecten voces; in hac, quia negotiorum gestor non habet animum sibi adquirendi, ut videtur. Noque tamen honestatem in definitione necessum est inseri, cum hoc in omni contracto et omnibus in jure traditis notissime intelligatur, ut vel ex primo juris praecepto apparet. Quanquam in lege Solonis, quae extat apud Gajum *in l.* 4. *de colleg. et corporib.* societas memorari videtur τῶν ἐπὶ λείαν οἰχομένων ἢ εἰς ἐμπορίαν, *corum, qui ad praedationem, vel ad mercaturam proficiscuntur.* Interpres *in d. l.* 4. verba ἐπὶ λείαν οἰχομένων, non bene legit, aut male intellexit, cum ita vertit, *qui et multum simul habitantes sunt.* Quasi scriptum graece fuisset ἐπὶ λίαν οἰκουμένων, *nimis arcte habitantium.* Insolens foret Solonem probare societatem praedandi causa initam, nisi ex Thucydidis *Libr.* 1. constaret Graecos olim praedationem in Barbaros, hoc est, omnes non Graecos, ut licitam honestamque exercuisse: unde et causam belli Trojani arcessit. Quin et Aristoteles eo mihi respicere videtur, cum *lib.* 1. *polit. c.* 4. venationem hominum, qui servili ingenio praediti, quique incertis sedibus vagantur, ut diebus nostris validi men-

(a) *Pos.* 1. *et seqq.*

dicentes, in servitutem rediguntur, *πόλεμον φύσει δίκαιον* appellat. Vix etiam alio retuleris, quod est in *l.* 5. §. 2. *de capt. et postlim. revers.* ubi Pomponius scribit, si cum gente aliqua neque amicitia neque foedus sit, quod ex ea ad nos pervenit, nostrum fieri, et illorum, si quid e nostris ab illis captum. atque etiam homines utrimque servos haberi. Caeterum, inter societates illicitas refertur etiam quae libertatis arctandae causa inter Patronum et libertum initur, *l.* 1. §. 7. *Quar. rer. actio non datur.* quod ex praecedentibus explicandum, si fiat in continenti post manumissionem et quidem libertatis onerandae causa, ut monet Cujac. *l.* 16. *observ. c.* 8.

2. (b) Est autem duplex Societas, universalis aut singularis. Universalis *κοινοπραξία* Theophilo, quae omnium bonorum: Singularis, quae certarum rerum est, ut olei, vini aut frumenti, *in pr. h. t.* vel potius Specialis, quae est certae negotiationis, ita ut singularis tum sit de una re, veluti de bove, aut equo emendo; quomodo (quod tamen operae pretium non est in artem verti) tres species constituerentur. *in l.* 5. *pr. pro soc.* Divisione societatis in eam, quae rerum est et quae vitae, scil. matrimonium, quam habet Vinnius *hic in pr.* non utimur, ut dictum *ad tit. de nuptiis.* Sub Universali comprehenduntur bona tam praesentia quam futura; hoc tamen discrimine, quod praesentia quasi traditione tacita vi conventionis ipso jure communicantur, exceptis nominibus. *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *et* 3. *in pr. pro soc.* Futura, cum primum adquiruntur, ejus sunt a quo adquiruntur, actione vero pro socio communicantur, *l.* 73. *pr. et l.* 74. *eod.* quemodo et ea, quae in nominibus sunt ab initio communicantur. *d. l.* 3. *in pr.* Generalis sive universalis societas, iterum vel simpliciter, vel specialiter contracta dicitur. Simpliciter, quando societas inita est, non expresso utrum sit omnium bonorum, an certarum rerum. *l.* 7. *et seq. eod.* Specialiter, quando diserte societas de omnibus bonis inita est. *l.* 3. §. 1. *eod.* In positionibus priorem diximus *universalem*, alteram simpliciter *generalem*, quod ita docendi causa licuerit. Differentia harum specierum est, quod ubi simpliciter contracta est, ea tantum inter socios communicantur, quae veniunt ex quaestu, *d. l.* 7. *et seqq.* At specialiter societate contracta, tunc et hereditates et legata et donationes et quicquid ulla ratione adquisitum est, communicantur, *l.* 3. §. 1. *eod. tit.* consequenter et impensae, cum alter sociorum aliquid in honorem liberorum vel in dotem quid erogavit, *l.* 73. *eod.* Cujac. 23. *obs.* 27. sed haec differentia referre se videtur ad ea, quae postea adquiruntur. Quid autem de praesentibus, an ea statim communia fiunt in societate simpliciter contracta? Ita Bachovius arbitratur, reprehensus a Vinnio *ad pr. h. t. n.* 4. Etenim verba *l.* 7. ita ferunt, ut nequidem praesentia communicentur; *si* non fuerit distinctum, ait, videtur esse coita universorum. quae ex quaestu veniunt. Imago et exemplum hujus differentiae est in conjugibus nostri soli et Bataviae. Apud utrosque societas omnium bonorum est inter Conjuges. Nostratibus eorum, quae ex quaestu veniunt; rebus ipsis, quae utrimque conferuntur, cuique propriis relictis. In Hollandia cunctae res in continenti fiunt communes, ni pactis dotalibus aliter sit cautum. Initur etiam societas, vel expresse, per conventionem; vel tacite, rebus in commune illatis, idque est quod re, aut verbis fieri dicitur *in l.* 4. *pr. pro socio* oportet autem hunc animum diserte expressum esse, vel saltem ex conjecturis evidentibus colligi, nam alioqui factum communiter initum non facit societatem; velut Legatum, donatio duobus facta, nec quidem emptio communiter facta. *l.* 31. *pro soc.* juncta *l.* 2. *C. eod.*

(b) *Pos.* 4. *et seqq.*

SCHOLIUM.

Ita quidem putavit Ulpianus l. 31. pro soc. *sed vereor, an ita cum Modestino* in l. 4. eod. *conciliari queat. Sane* l. 32. et 33. *quae et ipsae Ulpiani sunt, longe abeunt ab hypothesi Modestini in* d. l. 4. *et aperte Cajus* l. 2. Princ. ff. commun. divid. *si plures rem emerint, eamdem communem esse cum societate asserit; quod et verius est et magis per* l. 2. C. h. t. *probatur, quam Ulpiani sententia. Cum Autore tamen sentit Vissenb.* ad ff. h. t. th. 20. *ubi et alios citat.*

RESPONSIO.

In l. 4. *nihil est, quam societatem* Re *iniri, hoc est ipso facto societatem exercendi, postquam res sunt collatae, continuato: Quid inde ad unum emptionis factum? Interim verum est, cum emptio fiat expressa partium voluntate, plerumque eum fieri cum animo societatis; quod Cajus innuit in* l. 2. Comm. divid. *idque similiter actum fuerit in* l. 2. C. pro Soc.

N. ADDIT.

Sed cur Autor plane nihil respondet ad allegatas in Scholio leges 32. et 33. pro soc. *ubi mens Ulpiani satis expressa est, quod putaverit in casibus, ubi Modestinus voluit re et per nuncium societatem contrahi, id negandum esse, et in istis casibus formulam commun. dividundo locum sibi vindicare arbitratus fuerit.*

3. (o) Fundamentum societatis est aequalitas, nisi aliter convenerit. Conventio vel est incerta, ut partes constituantur, vel certa, sc. quae et quotae partes futurae sint. *l.* 6. *et l.* 29. *pro soc.* §. 1. *h.* Incerta conventio redigitur ad arbitrium boni viri, qui rationem collationis habet, ut qui plus pecuniae operaeve contulerit, plus etiam lucri percipiat. *l.* 6. *l.* 76. *et seqq. l.* 80. *pro soc.* Conventio certa de partibus lucri atque damni, ita ut placuit, servanda est; velut, si duo inter se pacti sint, ut ad unum duae partes lucri et damni, ad alterum tertia pertineat, §. 1. *in fin. h.* aut unus lucri partem ferat, de damno non teneatur. §. 2. *vers. adeo h.* Tametsi alias, si partes in lucro sint expressae, non aeque in damno, in hoc eaedem partes intelliguntur et perinde vice versa. §. 3. *h.* Caeterum, leonina societas, ut unus ferat omne lucrum, alter omne damnum, penitus prohibita est. Nomen Leoninae societatis est ex fabula, quae extat apud Phaedrum *fab.* 5. his verbis:

Vacca et capella et patiens ovis injuriae,
Socii fuere cum Leone in saltibus.
Hi cum cepissent cervum vasti corporis,
Sic est locutus, partibus factis, Leo.
Ego primam tollo, nominor quia Leo.
Secundam, quia sum fortis, tribuetis mihi.
Tum quia plus valeo, me sequetur tertia.
Malo adficietur, si quis quartam tetigerit.
Sic totam prædam sola improbitas abstulit.
Nunquam est fidelis cum potente societas.

Nec vero aliter valet conventio de partium inaequalitate, quam si alter plus contulerit pecuniae aut operae alteriusve rei causa. *l.* 29. *in pr. h. t. Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat; Si vero placuerit ut quis duas partes, vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati, vel pecuniae, vel operae, vel cujuscumque alterius rei causa.* Ex his sequitur, cum nihil de partibus dictum est, contrahentes sine respectu ad collationem aequales habere partes arithmetice, non geometrice. (α) ut loquuntur *d.* §. 1. *et d. l.* 29. *pr.* (β) Connan. *l.* 7. *comm. c.* 19. *n.* 5. Tulden. *ad h. t. n.* 5.

SCHOLIUM.

(α) *Imo geometrice per textus* posit. 12. *citatos, quos quidem Autor de casu, quo pactio de partibus fuerit interposita, loqui dicit, sed refragantibus verbis textuum.* conf. not. ad Strauch. XV. 29. p. 176.

(β) *Ita quidem est; Ulpiani verba in* d. l. 29. pr. *satis videntur innuere eum per aequas partes ibidem intellexisse aequas proportione arithmetica. Sed vereor Tribonianum* in §. 1. h. t. *idem cum Ulpiano sensisse. Quin potius per* aequas *partes ibi videtur intelligere aequas proportione Geometrica. Conjectura haec est; Quaerit Ulpianus* d. l. 29. *an possimus convenire ut unus duas partes lucri habeat, alter tertiam? Ratio dubitandi est, quod absque pacto ejusmodi quilibet aequas partes, sc. proportione arithmetica, habere debeat. Sed tamen hac ratione non obstante, respondet Ulpianus per* τὸ Placet. *In hunc locum incidens Tribonianus, dum Institutiones colligeret, (quod conferendo* §. 1. et 2. *cum hac* l. 29. *patet) putavit Ulpianum per aequas partes intelligere tales secundum proportionem Geometricam, et ita cum aliis JCtis* d. l. 6. et 80. *consentire. Unde cum ad quaestionem, quam Ulpianus tanquam dubiam ibi proponit, pervenisset, nec vero ita explicatus Ulpiani verbis ratio dubitandi amplius superesset, stylum mutavit, dicendo:* nec enim unquam dubium fuit, etc.

RESPONSIO.

Quid hoc? An textus in d. pos. *citati non agunt de casu, quo id actum est inter socios ut partes constituerentur? Tu inspice Lector, nec aliter reperies in* l. 6. l. 76. et seqq. et l. 80. pro soc. *Connani atque Tuldeni sententia satis aperte sequitur ex* d. l. 29. *Cur Tribonianus ab Ulpiano dissenserit, nihil causae profertur a Thomasio, nisi quod in fine non adjecit limitationem,* si modo; *quod ut totiens alias omissum, non arguit dissensum, sed defectum aliquem. Tu interim hoc serva sis. Pecunia et opera heic aequipollent. Pone, operas esse dispares ob imparem peritiam. Si tamen nihil dictum fit, partes lucri et damni erunt aequales arithmetice, ut nemo negat; si hoc in operis non est iniquum, cur in pecuniae summis disparibus erit injusta Ulpiani sententia, cui veterum nemo contradicit?*

N. ADDIT.

Initio Supponendum, phrasin de pactione super partibus interposita, secundum dicta ab Autore in praecedentibus esse aequivocam, quia conventio illa vel incerta ut partes constituantur, vel certa, scilicet quae et quotae partes futurae sint. 2. Putavi Autorem, dum textus obstantes conciliare vult, et dicit, l. 6. l. 76. seq. et l. 80. h. t. *loqui de casu, ubi pactio de partibus fuerit interposita,*

(c) *Pos.* 11. *et seqq.*

loqui de partione certa. Neque aliter tum cum potui intelligere ex praelectionibus, ubi tum plane aliter erat scriptum, et quidem in hunc modum. In omni Societate, cujus fundamentum est aequalitas, partes lucri et damni aequales intelliguntur proportione geometrica, hoc est proportione sortis quam quisque contulit, per *l.* 6. *et* 80. *pro soc.* ut est communissima interpretatio §. 1. *h. t.* Potest tamen conveniri, uti partes sint inaequales, quatenus opera unius plus quam alterius ad Societatem confert. §. 2. *h. et l.* 29. *D. d. tit.* Sic autem ait JCtus, *Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat; Si vero placuerit ut quis duas partes, vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati, vel pecuniae, vel operae, vel cujuscunque alterius rei causa.* Unde statuendum videbatur, etsi plus ab uno sit collatum pecuniae quam ab altero, tamen aequales esse partes, nisi convenerit, ut inaequales forent; adeoque partes ordinario simpliciter *κατ' ἀριθμὸν* oporteret esse aequales, nec unum plus lucri quam alterum percipere, nisi aliter convenisset, aliter autem conveniri posse, non semper et indistincte, sed tum demum, ubi alter plus altero contulerit, sive pecuniae, sive operae, aut alterius rei, quae utilitatem praecipuam rei communi adferat. Prior pars hujus sententiae est Connani *l.* 6. *comm. C.* 13. Tuldeni *ad hunc tit. c.* 5. Sententia altera de pacto, quando id interponi possit ad inaequalitatem, est communis, ut testatur Vinnius ad §. 2. qui tamen adversus utramque disputat satis *λογικῶς*, sed non respondet ad *l.* 29. quo difficultatem tollat; adfert *l.* 6. *et* 80. *h. t.* sed nihil in illis adversum est Ulpiano, quia loquuntur de casu, quo pactio de partibus est interposita, non de eo, quod simpliciter et semper usu veniat. *Hactenus Autor.* (3) *Etsi igitur Autor textum praelectionum nunc mutaverit et eo modo conciliandi utatur, quod textus illi loquantur de casu ubi socii conventionem incertam de partibus fecerint, quod non nega. non tamen nobis deerit, alias rationes illi conciliationi opponendi. Scilicet* (4) *de eo inter me et Autorem convenit, quod in* d. l. 6. l. 76. seqq. et l. 80. h. t. *loquantur JCti de partibus geometrice faciendis, et quod Ulpianus in* l. 29. *loquatur de partibus arithmeticis. Constat etiam, Ulpianum non loqui de conventione incerta partium, reliquos vero JCtos in istis textibus ejus mentionem injicere. Id vero nego, ex ista disparitate fundamentum desumi posse conciliandi textus obstantes in quaestione de partibus societatis, si nullae certae partes assignatae sint ab initio, postea assignandis, an secundum proportionem arithmeticam, an geometricam, idque sic probo. Haud dubie, qui sic eas determinare debet, sive antea conventum fuerit de determinatione, sive nihil conventum, debet id facere secundum arbitrium boni viri. Arbitrium autem boni viri non debet esse cerebrinum, sed fundatum in recta ratione, recta ratio in natura negotii. Et igitur arbiter, sive partes incerta conventione id antea voluerint, sive non, lite postea orta, debet judicare secundum naturam negotii. Natura vero negotii non duplex est, sed una. Ergo eamdem naturam debet observare arbiter, si antea de partibus constituendis indefinite quid conventum, quam ubi nihil conventum. Et consequenter ista distinctio non facit ad conciliandos Autores qui partes diversimode assignant, unus arithmeticas, alter geometricas.* (5.) *Tribonianum ab Ulpiano dissensisse, jam ex eo probatur, quia Ulpianus partes arithmeticas assignans, secundum haetenus dicta, dissensit a JCtis, qui partes geometricas assignant. Quod vero Tribonianus verba Ulpiani referens ea intellexerit secundum sensum reliquorum JCtorum, dictum fuit in Scholio, ad quod nihil est in responsione exceptum quod satisfaciat.* (6.) *Denique ego, et mecum haud dubie omnes, qui sequuntur doctrinam JCtorum* in d. l. 6. *et parallelis, negabunt, quod Auctor tanquam indubitatum supponit, si operae sint dispares, partes tamen lucri et damni fore aequales arithmetice. Nam hoc est contra* d. l. 6. (7.) *Nisi forte ludat hic Autor in voce partium lucri et damni. Nam quaestio principalis est de partibus lucri assignandis, si contributio pecuniae vel operae sit inaequalis. Et tum decisio est, quam nos sequimur, si duo sint contrahentes, non duas partes aequales esse faciendas secundum capita, sed secundum collationes. Caeterum de eo non est dubium, quod eam in dubio partem damni quis debeat sentire, quam sentit de lucro, et vice versa.*

4. (d) Potest quoque ita societas iniri, ut sortem unus conferat solus et tamen quaestus communio ad utrumque pertineat. *d.* §. 2. Quo casu quaeritur, an soluta societate, sors quoque dividatur, an vero ad eum, qui contulit revertatur? Posterius affirmandum, nisi aliud inter partes actum esse appareat: Quia textus *in d.* §. 2. *l.* 1. *C. pro soc.* tantum de lucro et damno loquuntur communicando, et quia sortis

(d) *Pos.* 18. *et* 19.

illa divisio, quae ab uno collata fuerat, nimiam inferret inaequalitatem in contractum, cujus fundamentum est aequalitas: praesertim, quia cum socius invito altero semper habet renunciandi facultatem, alter ita sortis ab uno collatae brevi nulloque momento particeps fieri posset, quod, ut tota res est, nimis enorme foret. Ita Fachinaeus 2. *controvers.* 94. 85. Gail. 2. *obs.* 24. *n.* 6. Mantic. 6. *de tacit. et ambig. convent.* 5. *n.* 6. 7. Hoenon. *disp.* 17. *ad Inst. n.* 2. 3. Dissentiunt multi, quos vide apud D. Vootium *comm ad hunc* §. 2. *n.* 2. qui et ipse dissentit. D. Vinnius *ad eund.* §. 2. distinguit cum Grotio, (quem D. Wissenbach. *disp. Inst.* 38. *th.* 10. reprehendit) ita videlicet; ut parum ab ea, quam collocavimus, sententia discedat. Pro nostra disputat etiam Perezius ad *Cod. tit. de societ. n.* 2. utens argumento inter alia, *l.* 52. §. 2. *D. h. t.* ubi unus ex sociis dedit pecus suum pascendum vel agrum colendum alii, quaerendis in commune fructibus, pecus autem vel ager manet ejus cujus antea fuerat. Hoc autem satis constat, si quid lucri sit adquisitum, tunc eum, qui nihil ad sortem contulit, de damno postea superveniente teneri, quatenus lucri sui portio ferat; eo vero consumpto, non datur alius exitus, quam ut damnum recidat in eum, qui solus habet quod perdat, quia solus contulit sortem. *arg. l.* 9. *C. de pignor. act.*

5. (e) Caeterum, quando partes constitutae sunt inaequales, tunc distributio secundum illam proportionem non fit in singulis negotiationibus, sed finita societate omnibus inter se collatis, lucrisque et damnis compensatis. *Ex grat.* Societas libraria inter bibliopolas inita est, qui nundinis vernalibus lucrati sunt trecentos florenos, autumnalibus iterum perdiderunt 300. Jam ille, qui duas lucri partes habet et tertiam damni, sic ait, ducenti debentur mihi de lucro vernali, tibi centum; de damno autumnali tibi ferendi sunt 200. mihi centum; atque ita ipse residuos haberet centum. Contra alter ait sic; Vere lucrati sumus trecentos, autumno perdidimus trecentos, ergo nihil superest dividendum; sed si lucrum vernale fuerit supra trecentos, tum superfluum illud, secundum conventionem dividendum est. *d.* §. 2. *in fin.*

S c h o l i u m.

Moribus nostris plerumque socii certos terminos ponunt quibus computationem lucrorum et damnorum ineunt, quod vocant die BILANCA *aiehen, nec adeo semper tempus finitae societatis expectant. Quod si partes lucri cum partibus damni correspondeant, in effectu nulla erit differentia, an in singulis negotiationum articulis distributio fiat, an demum post certum aliquod tempus. Sin autem conventum fuerit, ut unus sociorum v. g. duas partes lucri, damni tertiam, alter duas partes damni, lucri tertiam, ferat, tum ingens in diversitate computandi differentia erit.*

(f) Denique, si partes expresserint quantum quisque de lucro caperet, de damno nihil dixerint, tunc eadem proportio in damno intelligitur, quae jam de lucro expressa fuerat, §. 3. *h. t.* nisi convenerit ut unus lucri sit particeps, neque de damno teneatur, quod quidem potest ita constitui, ut scriptum est *in* §. 2. *h. t.* limitatur tamen hoc ipsum, *si tanti sit opera quanti damnum*; aliter conventio non valeret. *d. l.* 29. §. 1. Scilicet aliquando periculum et molestia negotiationis tanti est, ut facile damnum quod alter fert, hanc distinctionem sequare possit, adeoque plus industria socii conferat societati quam pecunia alterius, qui negotiationem non intelligit. *d. l* 29. §. 1.

6. (g) Sequuntur modi quibus societas finitur: sunt autem hi, Renunciatio, mors, finis negotii et ademptio bonorum alteri e sociis eveniens. Renunciatio unius, invito quoque altero, solvit societatem, quod in hoc contractu speciale est, (nam reliqui contractus non nisi mutuo consensu solvuntur. §. *ult. infr. Quib. mod. toll. obl.*) propter odium communionis, quae est mater discordiae. §. 4. *h. l.* 77. §. 20. *de Legat.* 2. Si tamen in fraudem alterius facta sit renunciatio, ut lucrum interverteretur, callidus renunciator hanc poenam subit, quod ipsomet lucrum a se quaesitum communicare cogatur, quae autem alter quaesiverit, eorum non fiat particeps. *d.* §. 4. Proinde seu bona seu mala fide facta renunciatio, societatem finit. *l.* 65. §. 3. 5. 6. *pro soc.* Idem juris est, si quis absenti renunciaverit societatem, usquedum absens id resciverit. *l.* 17. §. 1. *pro soc.* Alioquin adeo libere singuli renunciare possunt, ut ne pactum quidem obstet de societate numquam solvenda, *l.* 14. *eod.* verum si convenerit ne intra certum tempus a societate abeatur, hoc pactum valet. *d. l.* 14. Est et tacita renunciatio, cum separatim quasi mutuo consensu partes agere coeperint. *l.* 64. *eod.*

7. (h) Mors quoque unius e sociis totam societatem et inter omnes solvit, tametsi convenerit ut ad heredes transeat societas, *l.* 35. *et l.* 59. *pro soc.* quia tale pactum naturae societatis contrarium intelligitur, *l.* 65. §. 11. *d. tit.* ubi ratio redditur, ne invitus quis socius efficiatur; Item quia socii contraxerunt ob fiduciam personalem, quam de se invicem habuere, quaeque

(e) *Pos.* 20. (f) *Pos.* 14. (g) *Pos.* 21. *et seqq.* (h) *Pos.* 26. 27. *et seqq.*

in heredibus non obtinet. Excipitur tamen vectigalium societas, ob utilitatem publicam. *l.* 59. *eod.* Verum hoc pacto conveniri potest, ut uno e sociis mortuo, inter reliquos maneat societas. §. 5. *h. t. in fine. l.* 65. §. 9. *pro soc.* Mors etiam civilis intelligitur finire societatem. *l.* 63. §. *ult. eod.* Sed heo tenendum, in societate singulari quidquid lucri damnive factum sit post alterius mortem, id esse atque fieri commune. *l.* 65. §. 2. *eod.* Tertio solvitur societas finito negotio super quo contracta erat, quia extincto subjecto, tollitur adjunctum. §. 6. *I. d. l.* 65. §. 10. Quarto solvitur, si alter ex sociis bonis suis excidat, quod fit per publicationem, sive confiscationem bonorum. §. 7. *h. t. d. l.* 65. §. 12. Item per cessionem, quando socius aere alieno mersus bona sua destituit, et Creditoribus distrahenda permittit, §. 8. *h. d. l.* 65. §. 1. scil. quis his casibus amissione omnium bonorum ea quoque tolluntur, quae in societate sunt. Possunt tamen, soluta ex hisce causis societate, in novam consentire, §. 8. *in fin. h. t. l.* 6. *de cess. bon.* quod D. Voetius comm. *ad. d.* §. dumtaxat de reliquis sociis accipit, cum ipso cedente non posse renovari societatem contendit: sine ratione, ut videtur; nam operas saltem conferre potest. Ex his fere intelligi potest Ulpianus in *l.* 63. §. *ult. h. t. et ll. seqq.* Societas, sit, solvitur *ex personis*, *ex rebus*, *ex voluntate*, *ex actione*. *Ex personis*, morte naturali et civili. *Rebus*, extinctis aut ademptis. *Voluntate*, per renunciationem expressam vel tacitam, quae fit ἰδιοπραξία, *seorsim agendo. Actione* per litis contestationem et novationem.

8. (i) Actio ex hoc contractu dicitur *Pro socio*, quae est utrimque directa, daturque non ad divisionem, sed de praestationibus personalibus etiam durante societate ad aequalitatem redigendis. *l.* 1. *Comm. Divid.* Sunt autem praestationes personales, quae non immediate de rebus, aut ex rebus, sed e facto aliquo proveniunt, velut si unus in re communi damnum dederit, *l.* 48. *et seq. pro soc.* vel passus sit, etiam fato, *l.* 52. §. 4. *eod.* vel impensas fecerit, aut fructus perceperit. *l.* 38. §. 1. *et passim eod.* Dolus etiam et culpa sunt personales praestationes: de dolo non opus est dicere eum a sociis praestari: Neque de culpa haerendum, quin secundum regulam *l* 5. §. 2. *commod.* levis culpa praestetur, quoniam hic manifesto utriusque vertitur utilitas. Plane venit in hoc judicium bona fides, *l.* 52. §. 1. *pro soc.* cui videtur satisfieri, si talem diligentiam singuli rebus communibus adhibeant, qualem suis rebus adhibere solent, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet, addit JCtus *in l.* 72. *ff. Pro soc.* neque vero salva fide minorem communibus quam suis rebus diligentiam praestabit, ut in *l.* 32. *Depos.* scriptum est de culpa depositarii; cui similis quoque ratio, quod facilitati suae debeat imputare, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, applicatur in §. 3. *in fin. Inst. quib. mod. re cont. oblig.* adeo ut in hypothesi parum absit, quin eadem culpae in utroque contractu praestatio locum habere videatur.

TIT. XXVII.

DE MANDATO.

I. Quid Mandatum. II. Divisio mandati in generale et speciale. III. in expressum et tacitum, judiciale et extrajudiciale. IV. De mandato in rem suam. V. Alta divisio in quinque species. VI. De mandato rei illicitae. VII. Officium mandatarii. VIII. De actione mandati. IX. Modi quibus solvitur, ubi de revocatione et renuntiatione. X. De morte alterutrius. XI. Differentia ab aliis contractibus.

(a) Mandatum est *Conventio, qua quis rogatus alienum negotium gratis suscipit administrandum.* Verbo *rogatus* distinguitur Mandatum a negotiorum gestione et a defensione, quemadmodum suis locis intelligimus. *Alienum* dicitur in definitione, quia sane plerumque res, et negotia aliena mandantur, etsi aliquando res etiam propriae sint illis junctae, ut inferius videbimus.

2 (b) Mandatum est duplex, Generale, quod est ad omnia bona, *l.* 58. *et seqq. de Procur.* et speciale, quod de certis rebus est datum. Generale mandatum rursus vulgo dividitur, quod vel simplex sit, vel cum libera, scil. administrandi potestate, cujus aliquam fecimus mentionem ad *tit de Rer. divis. dom. num.* 40. Laudat eam divisionem D. Wissenbach. *p.* 1. ad *ff. disp.* 13. *th.* 10. aliique ab illo citati.

(i) *Pos.* 30. *et* 31. (a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. *et* 4.

Improbant alii, sane etiam Graeci, *lib.* 8. *Βασιλικῶν cit.* 2. ubi legis 68 *de Procurator.* verba, cui *generaliter libera administratio rerum commissa est*, dissimulato verbo *libera* vertunt, ὁ γενικῶς ἐπιτραπεὶς διοικεῖν, *cui generaliter administrare permissum*; quod si vox tam exquisitam haberet ἔμφασιν, ut ex ea duae species oppositae intelligerentur, nequaquam praeteriri potuisset. Sed nec ratio fert, ut perpetuam in Procuratoribus potestatis differentiam ex hoc verbo colligamus. Nam Procurator simplex omnium bonorum habet jus novandi *l.* 20. §. 1. *de novat.* transigendi, *l.* 12. *de Pact.* jusjurandum deferendi, *l.* 17. §. *ult. de jurej.* quibus alienationis causam et vim contineri, notum satis est. Dein Procuratori *cum libera* tribuitur jus exigendi, *d. l.* 58. Ergo simplici negabitur, si inter se opponantur, quod et volunt divisionis hujus auctores, ea nempe, quae nominatim procuratori *cum libera* adscribuntur, simplici negata censeri. Quid? Estne majus exigere debitum quam transigere? Imo si haec potest, ut dictum, simplex procurator ergo exigere multo magis, et sic non differt ab eo, qui *cum libera* dicitur. Jam, plus est solvere quam exigere et majoris praejudicii illud; at solvere potest simplex procurator, *l.* 87. *de solut.* Ergo etiam exigere sane; Imo hoc ipsum directe probat *l.* 34. §. 3. *de solut.* Praeterea solvere, inquam, potest Procurator simplex, quod est alienare, quidni igitur alienare? Cur, inquam, alienandi potestas negatur? Objectae *leges* 63. *D. et* 16. *C. de procurat.* speciale mandatum ad alienandum requirunt, Ergo hoc jus, ne Procuratori quidem cum *libera* tribuunt, et sic nihil eum a simplici differre, hactenus indicant. Conciliationem textuum hac parte ἐναντιοφανῶν dedimus ad *tit. de A. R. D. n.* 40.

3. (c) Mandatum quoque dicitur esse expressum vel tacitum; Et quidem tacitum colligitur ex claris et perspicuis circumstantiis, veluti quando quis alienas res praesente domino gerit. *l.* 6. §. 2. *et l.* 18. *Mandati.* Nam alioqui tacens heic pro consentiente non habetur. *l.* 8. §. 1. *de Procurat.* Generale mandatum rursus aut judiciale, quod est ad litem, vel extrajudiciale, quod ad negotia dicitur.

4. (d) Utrumque et inprimis judiciale est vel in rem suam, vel in rem alienam. In rem suam dicitur, cum quis nomine quidem alieno, sed in propriam utilitatem agit: Veluti is, qui actionem alienam adquisivit titulo emptionis, donationis aut simili, quo proprietas continetur, *l.* 33. §. 5. cum *l. sequ de Procurator.* Sed quid opus est, dices tu, mandatis actionibus ei qui emit, cui donatae, cui legatae vel in solutum datae sunt? Qui plenam habet actionum proprietatem, numquid is adhuc mandatum impetrabit? Hanc rem ita interpretamur: Jus civile quam minimum recedit a simplicitate juris Gentium et quam proxime naturali rerum conditioni sese accomodat. Jam ita fere natura comparatum est, ut res corporales ab uno in alium transferri queant, ut fit omni die: Jura, quae sunt res incorporales, ejusmodi translationem mutationemque situs non recipiunt, sed penes eum, cui semel adquisita sunt, manent. Exemplo sunt Hereditas, obligatio et denique actio. Nam qui semel est heres; semper manet heres, *l.* 88. *in fin. de hered. inst.* adeo ut vendita hereditate, tamen a creditoribus hereditariis idem conveniatur; quippe et jure hereditario et obligatione adhuc penes eum, non obstante venditione, remanente. *l.* 8. *de adquir. vel omitt. hered. et l.* 3. *in fin. Quib. ex caus. in poss. eat. et l.* 62. *de R. J.* Quando ususfructus venditur, aut aliter transfertur ipsum tamen jus penes cedentem manet. *l.* 12. §. 2. *et l.* 28. *de usufr.* Nomine, hoc est obligatione alicui legata, jus tamen ipsum et actio penes heredem, qui pro ipso defuncto habetur, remanet, neque Legatarius aliter actionem, quam praevio cessione habet. §. 21. *Inst. de Legat. l.* 44. §. 6. *et l.* 75. §. 2. *de Legat.* 1. Causae igitur sive tituli praestant hoc, ut emolumentum omnisque juris translati effectus sit penes eum, in quem translatio facta est: causa vero atque facultas agendi iis modis non transit, eo quod a persona separari nequeat. Verum ad hanc opus est mandato, per quod is, in quem jus translatum est (vulgo *cessionarius*) loco ejus, qui jus transtulit surrogatur, ejusque nomine quasi Procurator actionem instituit. Ita venditor hereditatis ad effectum actionis obtinendum, emptori actiones sibi competentes mandat. *l. ult. de transact.* Idem fit in specie *d.* §. 21. *Inst. de Legat.* Praecedenti capite, *in pr.* intelleximus bona cuncta, quae socii universales habent, ipso jure, quasi tacita traditione, communia fieri, atque ita reciproce transferri, *l.* 1. *et* 2. *pro socio*; sed nomina, sive obligationes, in suo statu manent, nec aliter transferuntur, quam si alter eas alteri praestiterit, hoc est mandaverit. *l.* 3. *pr. eod.* Hinc etiam in *l.* 53. *de pecul.* quanquam servo peculium intelligitur concessum, debitores tamen ille, nisi mandatis actionibus, convenire non potest: Cui peculium, inquam, concessum est totum, is tamen actiones nisi mandatas instituere nequit. Hoc videlicet est, quod ait Glossa in *l. quis ergo de pecul.* actionem a domino, sive a persona, cui primitus

(c) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 5, 6. *et* 7.

competit, separari non posse, verum ossibus ejus inhaerere, ita ut nunquam, nisi solutione vera vel ficta, separetur. Et haec quidem est ratio juris, non inani subtilitate, sed monstrante natura rerumque diversitate reperta. Quia tamen effectus rei, sicut diximus, est penes eum cui actio per modum proprietatis est cessa, satis erat incommodum, si quando mandatum erat neglectum, actionis facultatem cessionario negari. Quare Pius Imp. primus suo rescripto emptori hereditatis etiam sine mandato dedit actiones utiles, quae semper in subsidium, aequitatis respectu ad species negotii, de quibus competunt actiones, affines, extenduntur, *l.* 16. *de pact.* quo exemplo deinceps JCti et Impp. utiles illas actiones ad omne genus cessionum produxerunt. *l.* 7. *C. de hered. vel act. vend. l.* 18. *C. de legat. l.* 33. *C. de donat. l.* 2. *C. de oblig. et act. ubi de dotis datione. l.* 1. *et* 2. *C. eod. ubi de solut. et l.* 20. *de pignor.* Et exinde cessionis vocabulum significare coepit omnem transferendae actionis modum, etiam sine mandato, cum alioqui mandare et cedere actiones eodem sensu modoque soleant usurpari. *l.* 76. *de solut. l.* 1. *in fine C. de magistrat. conven.* Sand. *de act. cess. cap.* 1.

(e) 5. Est et alia mandati divisio, quae maxime pertinet ad negotia extra judicium, de quo genere mandati *hoc Tit.* imprimis agitur. Habetur *in pr.* §. 1. 2. 3. 4. 5. Est autem haec; Mandatum contrahitur aut solius mandantis gratia, aut mandantis et mandatarii, vel alieni tantum gratia, vel mandantis et aliena, denique mandatarii et alieno gratia. Solius mandantis ergo, id ordinarium est; veluti, cum quis mandat amico, ut pecuniam pro se, scilicet mandante, mutuam accipiat. §. 1. *h.* Mandantis et Mandatarii, veluti cum mando tibi, ut pecuniam sub usuris credas homini idoneo, qui in meam rem sit accepturus. Nam ibi non modo mea, sed et tua vertitur utilitas, quod tu bonum nomen usurarium adquiras. §. 2. *h.* Aliena tantum gratia mandatum initur, cum *v. gr.* mando tibi, ut amici mei negotia geras: sed huic obstat, quod obligationes contrahuntur, ut unusquisque adquirat id quod sua intersit; Atqui ut aliena negotia gerantur, mandantis non interest. §. 19. *supra de inutilibus stipulat.* Sed tu dic, ab initio quidem nihil interesse; cum quis tamen hactenus se miscuit rebus alienis, tum incipit ejus interesse, quia si negotia non bene gerantur, mandans in id quod interest tenetur, tanquam negotiorum gestor, eique merito objicitur Regula juris, quae docet, in culpa esse eum, qui se miscet rebus ad se non pertinentibus. *l.* 36. *de reg. juris.* Et sic nihil obstat, imo bene congruit id, quod dicitur in *l.* 8. §. 6. *Mandati* ubi verba; *Mandati actio tum competit, cum coepit interesse ejus, qui mandavit; Caeterum, si nihil interest, cessat mandati actio*, cui tum non obstat *l.* 6. §. 4. *eod. tit.* ubi; *Si tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio*, Cujac. 17. *observ.* 19.

Scholium

Dic potius non esse mandatum, nisi ubi interest per se ab initio mandantis l. 8. §. 6. mandati. *In casu etiam* §. 3. et 4. Inst. h. t. *per se interesse mandantis, reliquorum per accidens.* Adde notas ad Strauch. XV. 29. p. 177.

Responsio

Arbitratu suo, qui sic loquitur, utatur. Si intelligis, quid sit aliena tantum gratia, *non dices hoc esse, quando mandantis interest praecipue, reliquorum per accidens. Hoc non est* aliena tantum gratia, *sic ut hoc divisionis membrum est situm.*

N. Addit

Videamus an recte explicaverimus §. 3. Inst. h. t. *an potius Autor. Ipse sibi opponit* §. 19. de inutil. stipul. *et conciliat, ab initio nihil interfuisse, sed postea, quia scil. mandans gesserit negotia alterius, et huc pertinere ait* d. l. 8. §. 6. *verbis*, cum coepit interesse. *Sed lusus in termino interesse. Vel id denotat utilitatem, aut damni evitationem futuram, vel praesentem. Primo significatu dicitur mandatum non esse, nisi mandantis primario intersit, i. e. nisi utilitatem suam, aut damni evitationem primario intendat (ex natura videlicet omnium contractuum communi, et quod exceptio tua non interest, possit opponi cuilibet agenti.) Atque sic etiam diximus rem se habere, si, ut Tribonianus post Gajum* in l. 2 h. t. *dicit, mandatum sit aliena tantum gratia. Non enim aliter hic casus est intelligendus, quam si mandans tempore mandati sit negotiorum alienorum gestor. Hic igitur apparet, mandantem in mandato intendere proprii damni evitationem, ne teneatur actione negotiorum gestorum. Et hinc falsum est, quod Autor paragraphum exponit, quod ab initio quidem mandantis nihil interfuerit. Nam si fingamus mandantem demum post mandatum incipere gerere negotia illius*

(e) *Pos.* 9. 10. *et* 11.

Titii, tum haud dubie non confirmabitur mandatum, quod ab initio nullum est per §. 19. de inut. stipul. *Alia vero quaestio est, quando supposito mandato justo, actio mandati nascatur. Scilicet tum, cum coepit interesse in altero significatu, i. e. ubi damnum praesens est et mandatarius male gessit. Igitur ut actio mandati detur, necesse est ut jam subsistat mandatum. Sed non vice versa, si mandatum subsistit, semper etiam datur actio mandati. Quae duo non sunt confundenda.*

Eadem ratio est in illa specie mandati, quae mandantis et aliena gratia contrahitur, in §. 4. *h.* veluti, cum quis alteri mandat ut sua et amici sui negotia gerat. *d.* §. 4. *l.* 2. §. 3. *h. t.* Nec non mandatarii et aliena, *in* §. 5. veluti si mandem tibi ut Titio pecuniam credas sub usuris. Nam Titii interest, quia pecuniam, qua eget, invenit; et tua, quod bonum nomen cum usuris adipisceris. Verum solius Mandatarii gratia non potest contrahi mandatum, quia hoc consilium potius quam mandatum est, nisi dolus arguatur, quem ne consilii quidem praetextu quisquam impune feret. §. 6. *h. l.* 2. §. *ult. D. h. tit. l.* 47. *de R. J. l.* 8. *l.* 23. *et l.* 31. *de dol.* Denique, forte an et sexta hoc respectu mandati species datur, quando quis mandat sua, mandantis et aliena causa, ut si tutor contutori suo mandet, quo pupillo servum necessarium emat. *l.* 8. §. 4. *h. t.*

6. (f) Contra bonos mores quemadmodum nulla obligatio, ita nec mandatum contrahi potest: ideoque nulla inde actio inter contrahentes oritur; sed et is, qui turpe mandatum dedit et qui executus est, uterque tenetur ad poenam tam ei cui nocitum est, quam Reip. §. 7. *h.* nec minus severe puniendus, qui mandavit, quam qui fecit, *l.* 15. §. 1. *ad L. Cornel. de Sicar. l.* 7. §. *ult. de jurisd. et l.* 1. §. 1. *de eo, per quem fact.* nec aliter in sacris, 2. *Sam.* 13. *v.* 28. *et* 1. *Reg.* 21. *vers.* 10. Enimvero quandoque mandatarius excusatur, si potestati mandantis subest, *l.* 37. *in pr. ad L. Aquil.* utique in minus atrocibus, *l.* 157. *de R. J.* cujusmodi exemplum est in *l.* 10. §. 2. *de his, quae ut indign.* haud perinde in atrocibus, *d. l.* 157. Quaeritur autem, an Mandatario modum in executione rei turpis excedente, supra quam mandans voluit, hic etiam de excessu teneatur; veluti: mandaveram ut inimicum meum vulnerares, tu occidisti, egone de caede an de vulnere dumtaxat tenebor? Distinguendum videtur, utrum mandatarius excessum data opera commiserit, an per imprudentiam; si prius, tum non est commissus per causam mandati, verum excessus ex propria fraude mandatarii. Sed altero casu mandatum vere fuit in causa caedis admissae, et sic usu venit, *arg. l.* 15. *D. ad L. Corneliam de Sicariis.* licet enim mandans animum caedis faciendae non habeat, verum tamen est, eum, qui versatur in actu illicito, de toto eventu teneri, quem exinde sequi posse cogitare debuit. *l.* 38. §. 5, *de poen. et l.* 16. §. 8. *eod.* vid. A. Matth. *comm. de crimin. princ. edit. pag.* 541. Vinn. ad *hunc* §. *n.* 3. D. Wissenb. *disp. Inst.* 37. *th.* 17. Aliter Fachinaeus 1. *controv.* 26. Bronch. 2. *miscell.* 65. D. Voet. *ad h.* §. 7. *n.* 2. *

7. (g) Officium mandatarii est diligenter servare fines Mandati, quos si egreditur, hactenus non habet actionem, sed tantum quatenus intra fines mandati se continuit, §. 8. *h. tit.* Quaestionis autem est, an de eo, quod excedit fines mandati, saltem utilis negotiorum gestorum actio detur, si mandatarius in rem mandantis, ut fit, excessum perpetraverit, eique licet non volenti consuluerit. Sunt qui affirmant, quos inter Perezius ad *tit. C. mand. n.* 4. Bronch. 1. *miscell.* 66. Et tum textus, qui objiciuntur ipsis, *l.* 31. §. 4. *de negot. gest. et l.* 37. §. 1. *de pecul.* de aperta disertaque prohibitione accipiunt, de qua sane loquitur etiam *l.* 40. *D. h. t.* sed arbitror, id quod specialiter praescriptum est, merito expressae loco prohibitionis, si in diversam fiat partem, esse habendum; *voluntas finem erogationis fecit*, ait *d. l.* 31. §. 4. ac ita Bachov. hic, ut et Vinnius; alioqui λογομαχία tantum fuisset inter veteres Jctos. Caeterum qui per aequipollens implet mandatum, non habetur pro excedente fines mandati, quod exemplo declaratur in *l. ult. mand.* potest etiam mandatarius alium sibi substituere, modo nihil mandantis intersit, *l.* 8. §. 3. *eod.* aut nisi diserte prohibitum sit, *l.* 1. §. 5. *vers. quid tamen de exercit. act.* rationem licitae substitutionis vide in *l.* 13. *C. de Contrah. stipul.*

(h) Mandatarius tenetur de levissima culpa, *l.* 13. *l.* 21. *C. h. et l.* 8. §. *ult. eod.* quanquam solius mandantis hic versatur utilitas, quod est contra regulam, *l.* 5. §. 2. *D. Commodati.* Videtur autem Lex acuere voluisse curam hominum in administrandis amicorum rebus, quae plerumque socorditer habentur, spreta

(f) *Pos.* 12. *et seqq.* (g) *Pos.* 15. *et seqq.* (h) *Pos.* 19.

* Mandatum rei et naturaliter turpis et civiliter illicitae nullum est. Quorsum spectat in Sax. El. illud, quo procuratori committitur praestatio jurisjurandi principali delati, cum id in propria persona praestandum sit. *Ord. Proc. Sax. tit.* 18.

fide amicitiae: quam ob rem et infamia dolum in mandato plectere voluit, ut in loco intelligemus. Facit huc locus Ciceronis *pro Resc.* Itaque *mandati constitutum est judicium non minus turpe quam furti, credo propterea, quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operae nostrae vicaria fides amicorum supponatur; quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium et quantum in ipse est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere, alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur.* Et mox: *Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem: nam neque mandat quisquam fere, nisi amico, neque credit nisi ei, quem fidelem putat.* Proinde mirum non est, quod officium mandatarii bona fides appellatur in *l.* 10. *pr. h. t.* quam alii objiciunt, ut et *l.* 5. §. *pen. de praescr. verb.* ubi mandatarius praestat custodiam, si ita convenerit, quae est supra levem culpam, *l.* 13. §. 1. *de pign. act.* Respondere licat ex *l.* 23. *de R. J.* vel ex *l.* 2. *de peric. et comm. rei vend. et l.* 17. §. *pen. de praescr. verb.* in quibus locis *custodiae* nomine casus fortuitus atque periculum venit.

8. (i) Actio mandati est directa vel contraria. Illa datur mandanti adversus mandatarium, ut reddat rationem negotii administrati. Puta, si mandatum susceptum non impleverit, vel jam susceptum exequi neglexerit, cum justam non implendi aut negligendi causam non haberet, *l.* 5. *h. t.* aut si non denunciaverit, *l.* 27. §. 2. *h. t.* vel si perperam aut aliter quam ipsi mandatum erat gesserit, *l.* 12. *h. t.* vel denique, si gesserit quidem, sed dolo vel culpa sua nocuit mandatori, *l.* 8. §. *ult. h.* Contraria datur mandatario, *l.* 12. §. 9. *hoc tit.* Scilicet ut durante administratione necessaria subministret, *l.* 12. §. *ult. h. t.* finitoque negotio, restituat impendia in mandato facta, *l.* 10. §. 9. *et l.* 27. §. 4. *hic.* omnemque praeterea indemnitatem praestet, etiam vero usuras, *d. l.* 12. §. 9. Non tamen omnia, quae impensurus non fuit, si mandato abstinuisset, repetere potest mandatarius, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet, *l.* 26. §. 6. quanquam in judicio societatis, etiam particulari, propter communionem lucri atque damni, talia invicem imputari solent. *l.* 52. §. 4. *D. pro soc.* Non habere contrariam mandati Procuratorem, si mandati fines excesserit, ex modo dictis intelligitur, nec ullo alio remedio, quatenus exorbitavit, experiri posse videtur. Utique tamen dominus, si rem pro se emptam XII. cum ipse pro X. mandasset, petat a mandatario, qui minoris emere non potuit, doli mali patietur exceptionem, si pretium integrum solvere nolit; neque enim fert aequitas, uti ex alieno fiat locupletior, *l.* 14. *de condict. indeb. l.* 1. *et* 2. *de dol. mal. et met. except.* Quae superius dicta sunt, eo pertinent, quod mandatarius eum cogere non potest, ut rem accipiat majore pretio quam praescripserat, non etiam ut rigore Legis adversus mandatarios ad praetextum iniquae πλεονεξίας, ad captandam amici imprudentiam utatur.

9. (k) Sequuntur modi, quibus solvitur mandatum, quorum duo priores sunt revocatio et renunciatio. Prior a parte mandantis, posterior respectu mandatarii. Utraque potest fieri impune, reclamante licet altero, quod est contra regulam *l.* 5. *C. de O. et A. renunciare semel constitutae obligationi, adversario non consentiente, nemo potest*, ut monet D. Vinnius *hic.* Imo forte non est. Etenim ex mandato non nascitur obligatio, nisi cum partium interesse coepit, *l.* 8. §. 6. *D. mandati*; adeoque contractus mandati hanc tacitam habet conditionem, ut non liget, nisi quatenus interfuerit. Atqui tunc obligatio, qua alter alteri in id quod interest tenetur, est indissolubilis. Alioqui regula *d. l.* 5. maxime de contractibus, qui actu transitorio constant et quidem eatenus duntaxat, non de his, quorum natura durationem temporis continet, accipienda videtur; nisi quatenus certum tempus est adjectum, ut non modo in societate atque mandato, sed et in mutuo, commodato, deposito, in pignore similibusque liquet. Caeterum renunciare licet, ut dictum, utrique parti, non promiscue neque semper impune, nisi Re adhuc integra; nam ubi res desierit integra esse (desinit autem res integra esse quando alterutrius interesse *coepit*) non potest aliter revocari renunciarive mandatum, quam praestito eo quod interest alterius. §. 9. *et* 11. *h. t.* Dantur tamen justae causae propter quas, re quoque non amplius integra, mandato renunciari potest, veluti propter inimicitias adversus mandantem exortas, vel quod mandatarius propriis necessitatibus sit impeditus, et caeteria in *l.* 23. *et seq. D. de Procurator.* Fit autem renunciatio non modo expresse, verbis, aut literis, aut per nuntium, ita ut in notitiam partis alterius veniat, *l.* 12. §. 16. *l.* 15. *l.* 22. §. *ult. et l.* 27. §. 1. *h. t.* verum etiam tacite, si status

(i) *Pos.* 17. 18. (k) *Pos.* 20. *et* 21.

procuratoris in deterius mutetur servitute, vel deportatione, *arg. l.* 38 *in pr. de Solution.* cum *l.* 56. §. 2. *de V. O.* denique, si dominus ipse negotium proprium tractet, tum partes cessare procuratoris, ipsa res loquitur. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. 7. tit.* 21.

10. (l) Tertius mandati solvendi modus est Mors tam mandantis, quam mandatarii, quia fundamentum hujus contractus est fiducia personalis industriae, quae in herede cessat, §. 10. *h. t. l.* 26. *et seqq. D. Mandat.* * Tamen, si per ignorantiam aut probabilem causam post mortem in negotio mandato sit perrectum, utilis actio utrimque non negatur. *d.* §. 10. Huc etiam pertinet species *l.* 19. §. 3. *in fin. de donat.* mandavi ut Titio des pecuniam, cui ego donatum volo, dedisti post mortem meam ignorans, habes actionem. Idem est in *l.* 4. *pr. de manumiss. vind.* ubi accedit favor libertatis, cui geminum vide exemplum in *l.* 9. §. *de jur. dot.* denique, non aliter finitur morte mandatum, quam si integrum sit, §. 10. *in pr. h. l.* 27. §. 3. *h. t.* Proinde si negotium pendest inchoatum, neque perfectum, ita ut id quod restat cum iis, quae sunt gesta connexum sit, dicendum est, transire mandatum ad heredem. *arg. l.* 5. §. 6. *de administr. et peric. tut. l.* 13. *d. tut. et ration. distrah. l.* 11. *C. arb. tut.* Sunt etiam species mandati, post mortem durantes, veluti, quae in tempus post mortem specialiter concipiuntur et instar ultimarum voluntatum se habent, *l.* 12. §. *ult.* cum *l. seq. D. Mandati. l.* 18. §. 2. *de mort. c. don.* non tantum si tale sit negotium, quod vivo mandatore non potest impleri, sed etiam, quod specialiter in tempus, inquam, post mortem collatum est, *l.* 13. *Mand.* non obst. *l. ult. de Solut.* de qua vid. Cujac. 1. *obs.* c. 38. (1) Similiter mandatum quod subjicitur actionibus venditis, donatis, legatisve, aut alio proprietatis titulo, morte non finitur, quia potius e natura tituli principalis, quam sua aestimatur, *l.* 1. *C. de Oblig. et Action.* hoc usu venit, cum fundi venditor alicui mandavit ut emptorem in vacuam possessionem induceret, *l.* 33. *de adquir. vel amitt. poss.* id enim post mortem quoque mandatoris, cum idem et venditor sit, recte fit; magis enim hic venditionis, quam mandati obligationem spectamus. Sed quod iudex a Praeside datus etiam in tempus successorum durat, *l.* 49. §. 1. *de judic:* id huc non pertinet, quia nec mandatum hoc est, neque de re patrimoniali, de qua hic agimus. Idem est in *Nov.* 134. *cap.* 6. ubi Praesides jussa principis aut praecepta majorum judicum missa ad decessores suos implere jubentur, perinde ac si ad se missa essent. Æque ac Jure Canonico cautum est, ut Legati a latore officium duret, etiam post mortem Pontificis, *cap. Legatos*, 2. *V. praesenti de off. Legat. in* 6. Sic etiam, cum quis institorem praeposuit tabernae, quia publice hoc fit, neque proprie mandatum est, durat quoque post mortem praeponentis, *l.* 17. §. 2. *de institor. act.* cum morte domini, a quo servus Kalendario, id est pecuniis foenori dandis, praepositus est, ea praepositio, quae privata est, finiatur. *l. pen. de reb. cred.* Postremo *l. ult. pr. de Solution. et lib.* objicitur, ubi verba; *ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur;* Scilicet, vi stipulationis ab eo factae, qui adhuc vivit, non mandati, quod mortuus dedit. Vide latius D. Wissenbach. *p.* 1. *ad D. disp.* 32. *th.* 9. Postremo recipere mandatum diem et conditionem, quemadmodum alii contractus, id per se clarum est. §. 12. *h. t.* Etiam potest mandatum per epistolam, aut per nuntium contrahi *l.* 1. *pr.* et §. 1. *h. t.*

11. (m) Praeterea ad naturam mandati pertinet, quod gratuitum sit; est enim beneficus hic contractus, cujus naturae merces est contraria. *l.* 1. §. 4. *h. t.* nam si pecuniaria conventio accedat, in diversam speciem contractus abit, nempe locationis, si factum sit ejusmodi quod soleat locari; quod si locabile non sit, tum est contractus innominatus, Facio ut des, *l.* 22. *de praescr. verb.* vel extra ordinem cognoscendum, si res aliquam dignitatem aut favorem habeat, veluti ob studia liberalia, de quibus idem fit, sive de honorario convenerit, *l.* 1. *de extraord. cognit.* sive non convenerit, ut de Advocatis in *l.* 4. *D. de extraord. cognit.* cum mandatarius salarii petendi aliter jus non habeat, quam si promissum sit, et

(l) *Pos.* 22. et 23. (m) *Pos.* 18.

(1) *Sed verius puto mandatum, etiamsi nominatim post mandatoris mortem collatum sit, morte mandantis indistinctae finiri. Quod probat* l. ult. de solut. *Cujus verba cum Cujacio transponere necesse non est. Vide Ger. Noodt. observat.* lib. 2. cap. 1. 2. et 3. *Item Abrah. Wieling. lection. jur.* lib. 2. cap. 11. *hoc ipsum quoque probat* l. 14. §. 2. de relig. *in cujus specie non datur actio mandati, quae tamen dari debuisset nisi mandatum morte mandantis fuisset extinctum, uti recte observat Hein. in not. ad Vinn.* ad §. 10. h. t. n. 2.

* Hinc et in Saxonia mandatarius judicialis, mandato heredes comprehendente instructus, intra 6. *Sept.* et 3. dies heredes sui principalis nominare, et ab iis novam legitimationem exhibere jubetur. *Mand. El. d.* 1655. Menck *ad O. P. t.* 7. §. 3.

quidem certum: hoc enim vel condictione certi, *pr. Inst. de V. O.* vel extra ordinem, ut dictum, exigitur. Incertae pollicitationis salarium neutra actione peti potest. *l.* 56. §. 3. *h. t.* Quemadmodum et in illa specie, qua factum locabile sine mercede alicui committitur; nam si id hac mente fiat, ut postea tantum detur quantum convenerit, tum et ille contractus est innominatus, §. 1. *supra de locat. Cond.* si vero officii amicitiaeque causa factum suscipiatur absque animo mercedis capiendae, tum est mandatum. §. *ult. in fin. h. tit.* Enimvero potest mandatario salarium promitti salva mandati natura, ut actio quoque mandati, de ipsa re, scil. principali detur *l.* 6. *D. Mandat. in pr.* nec enim peti potest salarium per actionem mandati, cujus naturae merces contraria est, ut dictum. Quid igitur sibi volunt verba *d. l.* 6. *in pr. Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio?* Ego sic puto. Quaestio est an mandati actio competat etiam tum, quando mandatum est salariarium. Ratio dubitandi, quia mandatum est gratuitum, ut accedente pecunia, natura ejus mutari videatur. Sed respondetur; tamen dari actionem, cum promissio salarii a mandato separata sit; datur actio non de salario, sed de ipso negotio, hoc enim quaeritur: et hoc est subjectum hujus propositionis. Si vero tu ponas, subjectum esse, *si honor intervenit*: et praedicatum, *mandati actio erit*, tum speciosa esset adversarie interpretatio.

TIT. XXVIII.

DE OBLIGATIONIBUS, QUAE QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

I. Natura obligationum ex quasi contractibus et numerus. II. De negotiorum gestione. III. De tutelae administratione. IV. De actione curat. V. Rei communio, ubi de actione tam communi dividundo, quam familiae erciscundae. VI. Hereditatis aditio. VII. De indebiti solutione. VIII. De indebito ex persona. IX. Naturaliter debitum, licet civiliter indebitum, repeti non posse. X. De debito in diem vel sub conditione praemature soluto. XI. Casus ubi cessat condictio indebiti.

(a) Obligationis, inquit Cajus in *l.* 1. *de O. et A.* aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Quae sint illae, satis explicat in *l.* 5. *et seqq. eod. tit.* ubi species recenset easdem, quae in hoc titulo sub nomine quasi contractuum habentur. Videlicet, cum infinitae sint fere negotiorum species, ex quibus aequum erat obligationem nasci, compertum est, nomina contractuum atque delictorum usitata non sufficere omnibus illis diversitatibus exprimendis. Admodum enim variae causarum figurae incidebant, quae mediae inter contractus atque delicta naturae viderentur; prout autem propius ad ingenium alterutrius accederent, ita contractibus aut delictis sunt aggregatae. Species contractibus affines placuit quasi contractus, delictis viciniores, quasi delicta nuncupari. Paulo quidem circumductius loquitur hic Imperator, ut non rotunde *quasi* contractus, sed obligationem *quasi* ex contractu nasci affirmet. Tamen nihil haerendum, quin docendi causa *quasi* contractuum nomen usurpetur, ut quasi Servianam actionem, peculium quasi castrense, habemus, denique ut quasi munitus dicitur in *l.* 32. §. *pen. D. donat. int. vir. et ux.* Enimvero ne sic quidem fieri potuit, ut omnes obligationum species certis nominibus includerentur, ut exemplo videmus in *l.* 32. *de reb. cred.* et alibi. Porro Quasi contractus nihil sunt, quam facta honesta, ex quibus sine conventione nascitur obligatio propter aequitatem. Alii volunt causam obligationis hic esse tacitum consensum. Sed hoc in universum vix dici potest, quia furiosi quoque et infantes ex quasi contractibus obligantur, quibus tacitus consensus adscribi non potest. *arg. l.* 3. *de R. J.* Quin et ignorantes, inviti ex hisce causarum figuris obligamur. §. 1. *in med. h. t. l.* 2. *de neg. gest.* Denique contractus veri creberrime tacito consensu perfici leguntur. *l.* 4. *pro soc. l.* 6. §. 2. *l.* 18. *Mand. l.* 13. §. *ult. locati. et l.* 3. *de reb. cred.* Paulo commodius ex praesumpto, sive a legibus ficto consensu, Quasi contractus nasci videantur, quemadmodum sane hujus generis obligatio *tacita* dicitur in *l.* 13. §. *ult. ff. Commod.* et pupillum contrahere adeundo hereditatem, habetur in *l.* 3. *in fin. quib. ex caus. in poss.* quando scilicet ea negotii conditio apparet, ut dubium non sit, quin is, ad quem res pertinet, suum consensum adhibere debeat: idque propter aequitatem quae est in re ipsa. Unde utique

(a. *Pos.* 1 2. 3. *et* 4.

nihil simplicius, quam aequitatem mediante legis interpretatione, affinitatemque cum contractibus, veram hujus obligationis existere causam; quamobrem contractibus etiam accensetur *in l.* 23. *de R. J. l.* 49. *de O. et A.* §. 1. *Inst. de Action. d. l.* 3. *in fin. quib. ex caus. in poss.* Jam ob aequitatem illam, quae in re ipsa apparet, dicitur, haec obligatio ex re nasci, *l.* 46. de *O. et A.* ubi pupillus, quoties ex re venit obligatio, teneri dicitur, quem sane ex quasi contractibus teneri, jam dictum atque dicendum est. (1) Porro quasi contractus traduntur quinque numero; Negotiorum gestio, Tutela, Rei Communio, Hereditatis aditio, et Indebiti Solutio, de quibus ordine *hoc tit.*

2. (b) Negotiorum gestor est, qui absentis negotia sine mandato gratis administrat. Nascitur inde actio negotiorum gestorum directa, vel contraria. Directa datur domino contra gestorem, ut reddat rationem administrationis suae; gestorum, non gestorum, male gestorum, *l.* 2. *et l.* 11. *de negot. gest.* ut restituat quicquid habet; tenetur autem de levissima culpa §. 1. *in fin. h.* et *arg. l.* 21. *C. Mandati. l.* 25. §. 16. *D. famil. ercisc. et l.* 24. *D. de usur.* praeterquam si quid urgente necessitate sit gestum, tunc enim de lata duntaxat culpa gestor tenetur, *l.* 3. §. 9. *de Negotiis gestis.* Idque merito ita consultum, ne homines a custodiendis amicorum rebus absterrerentur, si non ea quam suis rebus adhibent diligentia defungi se posse intelligerent: quod si quis absque necessitate rebus alienis se miscuerit, est quod sibi imputet, si plus diligentiae ab illo exigatur, memor regulae, quae est in *l.* 36. *de R. J.* Plane cum mandatarium de levissima teneri culpa, superius sit probatum, non est recusandum dum negotiorum gestori, qui semetipsum obtulit, quo ad eamdem redigatur diligentiam, *arg. l.* 1. §. 35. *Depos.* idque volunt verba §. 1. *h. t.* Nec *sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia*; quae verba non inferunt conditionem, ut tum demum de levissima culpa teneatur, si nempe alius ipso commodius administraturus fuisset, sed descriptionem exactissimae diligentiae continent, perinde ut in §. 2. *supra quib. mod. re. contrah. oblig.* nec quidquam contrarium est in *l.* 6. §. *ult. de Negot. gest. l.* 32. *pr. D. eod. et l.* 20. *C. eod. tit.* vid. de Wissenb. *disp. ad Inst.* 32. *th.* 6. Caeterum, actioni directae negotiorum gestorum, opponitur et utilis et contraria. Utilis in specie *l. pen. de Tut. et ration. distrah. l.* 17. *C. de negot. gest.* Contraria, id est directae opposita, datur negotiorum gestori ad repetendas expensas, et quidquid praeterea ipsius ex probabili causa interfuerit, §. 1. *h. t. l.* 2. *de Negot. gest.* etsi negotium non habuerit effectum. *l.* 10. §. 1. *eod.* Cessat tamen haec actio reciproca, si dominus interdixerit ne quid rerum attingeret, isque tamen, etsi utiliter, res gesserit. *l. ult. C. de negot. gest.* denique, si non repetendi animo, sed pietatis et affectionis intuitu fecerit impensas, *l.* 27. §. *ult. de Negot. gest. l.* 34. *eod. l.* 12. *et l.* 15. *C. eod. tit.* nisi de contraria voluntate liqueat, ut in *d. l.* 34. *l.* 50. *Famil. ercisc. et l.* 12. *C. eod.*

3. (c) Secundus quasi contractus, est TUTELÆ administratio, nam ipsum quidem tutelae munus est publicum et personale, de quo *libr.* 1. est actum. Inde similiter duplex nascitur Actio, directa et contraria. §. 2. Utraque ante finitum tutoris officium nec datur neque nascitur, *l.* 1. §. *ult. l.* 4. *pr. et l.* 9. §. 4. *de tut. et ration. distrah.* quia tutor ut parens et dominus agit, visumque est importunum, in media functione rationes exigere; Nec Plato aliter *lib. XI. de LL.* pupillo, cui maxime vult consultum, actionem dat, quam *ἅμα δ' ἂν ἡβήσῃ τις τῶν ὀρφανῶν*, *simul ac pubes factus fuerit.* Mores tamen saepius, quibusdam locis quotannis, rationes jubent reddi, teste Schonidew. *ad h.* §. *ult.* Zypae. *Not. tit. de tutor.* Apud nos nihil hac de re habemus constitutum, ideoque juri civili standum videbatur: sed opinio atque, ut videtur, observatio forensis est, Rationes quando postulantur, non posse recusari. Id autem hodieque tenet, ante redditas rationes pecunias pupillares a tutore non esse praestandas. Sand. *lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 12. Jam directa datur pupillo finita tutela, adversus tutorem ad hoc, ut rationes reddat et reliqua praestet, id est, ea quae de bonis pupilli supersunt, restituat. Etenim rationum redditio duas habet partes, *primam*, ut administratio

(b) *Pos.* 5. 6. 7. (c) *Pos.* 8. *et seqq.*

(1) *Recte Autor consensum tacitum negat esse fundamentum obligationum, quae quasi ex contractu nascuntur, illudque commodius deduci posse ex consensu ficto vel praesumpto, bene adstruit. Sed sic quasi contractus melius definietur*, quod sit factum honestum, quo et ignorantes obligamur ex consensu ob aequitatem vel utilitatem praesumpto. *Si enim Auctoris definitionem sequamur, etiam generatio quasi contractus erit, est enim factum honestum ex quo sine conventione nascitur obligatio (qua pater liberis ad alimenta praestanda tenetur) propter aequitatem. Ita Hein. in not. ad Vinn. ad pr.* h. t. n. 4.

referatur atque expleatur, *tum* ut reliqua praestentur, id est bona quae supersunt restituantur, *l.* 82. *de C. et D.* ut et damnum, quod ex levi culpa contigit; nam ultra mediocrem diligentiam non tenetur tutor, *l.* 1. *in pr. de tut. et rat. dist. et l.* 33. *de administ. et peric. tut.* quin aliquando ut in praediis comparandis, non nisi de lata culpa *l.* 7. §. 2. *de administ. et peric. tut.* dumtaxat, ubi sponte se tutor obtulit administrationi; tum juxta satisdationem ad omnem omnino culpam tenetur. *l.* 53. §. 3. *de Furt.* Olim etiam usuras praestabant, si pecunias pupillorum otiosas reliquissent, ut duos tantum menses haberent, in anno liberos, *d. l.* 7. §. 3. *et* 11. sed jure novo id non injungitur, nisi pupillus aliter vivere nequeat, *Nov.* 72. *c.* 7. quin si ultro tutor foenori pecunias locaverit, periculum ipsi incumbere dicitur, *d. N. c.* 6. quod recte ita temperatur, si quid ejus negligentiae imputari possit *arg. l.* 111. *in f. de C. et D*, Sand. *l.* 2. *tit.* 6. *def.* 14. Atque haec est directa tutelae actio, quae contra tutorem datur; sed et ipse contrariam habet, per quam a pupillo consequitur indemnitatem, *l.* 1. *et* 2. *de contrar. tut. et ut. act.* sive jam fecerit impensas, seu se suasque res pro pupillo obligaverit *d. l.* 1. *et l. ult. de contrar. tut. et ut. act.* §. 2. *h. in fin.* Caeterum, si quis roget, cur non aeque tutor teneatur de levissima, quam procurator sive mandatarius? Ratio videtur, quod tutela munus est publicum quod invitis etiam imponitur, mandatum vero libere suscipitur; ideoque durum foret eum, qui publice cogi potest, tam arcte adstringere, quam eos, qui se rebus alienis suo arbitratu miscere solent.

4. Atque haec de actione tutelae. Quae autem de tutoribus dicta sunt, ea per analogiam ad Curatores producuntur: Ita ut utiles Curationis causa actiones inter illos et minores exemplo tutelae exerceantur, *vid. Tit. de Tutel. et rat. dist. et utili curationis causa Actione.* et supra *de Curatorib.* Sed qualis haec utilis est? Negotiorum gestorum vocatur *in l.* 17. *C. de negot. gest.* Tutelae *in l.* 3. *C. arbitr. tut.* Quid vetat utramque Curatoribus applicatam fuisse? imo sic habet *l.* 7. *C. eod. Negotiorum gestorum seu tutelae.* Teneri tamen potest, negotiorum gestorum esse, quae instituitur perseverante adhuc tutela, ut satis clare habet *l.* 4. §. *ult. de tut. et rat. distrah.* et accipi potest *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 26. *de administ. et peric. tut.* sed utilem tutelae dari finita administratione, sicut directa tutelae. *l.* 4. *pr. de tut. et rat. distr.* Nempe ut negotiorum gestorum agatur de singularibus factis: utilis tutela detur post perfectam aetatem de universa cautione. Sic commode conciliabuntur *dd. l.* 4. *l.* 16. *et l.* 26. quae volunt ante finitum officium curatorem conveniri, cum *l.* 2. *l.* 14. *C. de adm. tut.* quibus diserte statuitur, Curatorem non nisi finita administratione teneri. Sit ita, quod ad utilem tutelae actionem de rationibus reddendis, haec imitatur directam tutelae, quae non nisi, cum Tutor desiit esse, datur: sed in curatore id peculiare est, quod etiam de actu particulari statim interpellari possit utili negotiorum gestorum, de quo casu intelligendas leges oppositas, indicat nobis *l.* 4. §. 4. *Rem pup. salv.* ubi tutor non nisi absoluta tutela, sed is, qui pro tutore negotia gessit, *statim atque quaeque res salva esse non coepisset*, teneri dicitur. Protutor est, qui cum tutor non sit, putans, vel fingens se esse, res pupilli gerit. *tit. D. de eo, qui pro tut. prove cur. negot. gess.* Hic quoad actionem e vestigio dandam curatori comparatur in *d. l.* 4. §. 4. Ergo et actio quae in Curatorem, dum cura manet, datur, est de *quaque re*, quae culpa ejus salva non est.

REI COMMUNIO.

5. (d) Tertius quasi Contractus est Rei Communio, quae dicitur, cum duo vel plures eamdem rem sine conventione societatis habent indivisam, velut, cum res eadem duobus est legata, empta, vel donata, aut denique cum eadem haereditas pluribus est relicta. §. 3. *h.* Unde duplex nascitur Actio, *Communi dividundo*; et *Familiae erciscundae* §. 3. *et* 4. Communi dividundo datur inter eos, qui volunt discedere a communione rerum singularium, et notandum, quod haec actio latius pateat, quam ipse quasi contractus communionis. Nam et res, quae per societatem sunt communes, hac actione dividuntur, *l.* 2. *Com. divid.* et Actio pro socio datur tantum de praestationibus personalibus, quae ex societate veniunt, ut supra dictum *l.* 1. *eod.*

SCHOLIUM.

Nolim tamen propterea cum Autore dicere: Actionem communi dividundo latius patere, quam ipsum quasi contractum communionis. *Nam quod Socii, qui societatem contraxerunt, ad divisionem obligentur, regulariter est ex quasi contractu. Dico* regulariter; *si enim in pactis Societati adjectis de divisione aliquid dispositum sit, utique actione pro Socio ad divisionem agetur, quia pacta contractibus b. f. adjecta iisdem insunt.*

(d) *Pos.* 13. *et seqq.*

RESPONSIO.

Latius patere communi dividundo actionem a nobis dictum est, ratione materiae subjectae, quae cum in rebus extra communionis quasi contractum etiam consistat, nihil simplicius, quam id quod dixi, verum est; utcunque τὸ formale quasi contractus inter socios diverso respectu aliquo modo intelligi possit.

N. ADDIT.

Manet tamen incongrua locutio. Quilibet, qui legit actionem communi dividundo latius patere quam ipsum quasi contractum, putabit, dari quamdam actionem communi dividundo, quae non sit ex quasi contractu. Secundum praesentem explicationem Autoris, dicendum fuisset: res dividendas actione communi dividundo, non omnes esse communes factas per quasi contractum, quae plane diversa sunt a prioribus.

Praestationes vero personales, quae ex communione proprie dicta veniunt, insuper ad hanc actionem referuntur, idque volunt verba §. 3. *h. tit. quod solus fructus ex illa re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit.* quo loco per socium intelligendus, qui rem habet communem extra societatem, non socius proprie dictus. Sunt igitur praestationes personales, quae non immediate ex re ipsa, sed e facto personali proficiscuntur; velut, si unus in re communi damnum dederit, *l.* 16. §. *pen. et l.* 25. §. 16. *fam. ercisc*, vel impensas fecerit, aut fructus *lucrumve* perceperit, *l.* 18. §. 3. *eod. l.* 4. *comm. divid. et l.* 3. *C. fam. ercis.* atque hae quidem in judicium una cum divisione petita semper deducuntur. §. 4. *infra de off. jud.* plane, quoties divisio petitur, praestationes personales pariter in judicium deducuntur, *l.* 3. *in pr. Comm. divid.* ut dicendum sit, actionem pro socio dari de praestationibus, quae absque divisione rerum ipsarum exiguntur, scil. quoties inter partes de societate convenit. Igitur, cum materia subjecta horum judiciorum saepius misceatur, consequens est, alteram actionem altera tolli, quatenus, inquam, bis idem peteretur, *l.* 38. §. 1. *et l.* 50. *pro soc.* sed in quantum una actione peti potest quod in altera non inest, ita cumulative concurrunt; etenim postquam res divisae sunt, de praestationibus adhuc agi potest, si prius sint omissae *l.* 43. *d. t. pro soc.*

Est autem actio communi dividundo duplex, directa, quae datur inter eos, qui utrinque sunt domini, et de rebus ipsis corporalibus dividundis, de qua Caesar in *hoc textu*, *et JCtus in l.* 4. *Comm. divid.* idque sive rem possideat alter sive non, *l.* 30. *eod.* et utilis, quae datur emphyteutae, *l.* 7. *pr. D. eod.* ei qui Publicianam habet, *d. l.* 7. §. 2. *et* §. 3. etiam iis, qui jus incorporale, veluti servitutis, habent commune, *l.* 19. §. *fin. eod. tit.* denique et tum, quando res sunt extinctae vel communes esse desierunt. *l.* 6. §. 1. *et l.* 11. *Comm. divid. l.* 22. §. *pen. Famil. ercisc.* Actio familiae erciscundae datur inter coheredes qui volunt discedere a communione rerum hereditariarum, tam ut res dividantur, quam ut praestationes personales ad aequalitatem redigantur. *l.* 22. §. *pen. Famil. ercisc.* In caeteris eadem ratio est hujus judicii et communi dividundo, §. 4. *h. l.* 6. §. 1. *D. Comm. dividund.* de quibus v. Cujac. *paratit. C. comm. utriusque jud.* Tamen hoc interest, quod ex ipsis definitionibus liquet, alterum esse judicium singulare de certis rebus, alterum generale de rebus omnibus ad hereditatem pertinentibus, quae referuntur in *l.* 19. *l.* 20. et *pass. de hered. pet.* non tamen universale, quia non datur de juribus et nominibus, *l.* 4. *pr. D. Famil. ercisc.* quoniam dividi est affectio rei corporeae; sed actiones et nomina sunt ipso jure inter heredes pro partibus hereditariis divisae, ac ita singuli conveniuntur et agunt, *l.* 6. et *l.* 7. *C. Famil. ercisc.* quomodo tamen judicis officio contineatur, ut etiam jura et nomina partiatur, saltem quod ad ordinem modumque exigendi, videbimus *infra.* Hoc etiam inter utrumque judicium interest, quod familiae erciscundae semel tantum agi potest, siquidem omnia divisionis capita complectitur; quod si, ut fit, aliquid omissum sit, in promptu est communi dividundo judicium, quod hoc casu alterius est suppletorium, *l.* 20. §. 4. D. *Famil. ercisc.* vid. Broncborst. 2. *antin.* 11. Caeterum, sintne actiones hae personales tantum an mixtae, quaestio nobis occurret ad §. 20. *infra de Act.*

6. (d) Quartus quasi Contractus est Hereditatis ADITIO, ex qua nascitur actio, quae *personalis ex Testamento* dicitur, daturque legatariis et fideicommissariis adversus heredem, ad hoc, ut legata et fideicommissa praestentur. §. 5. *l.* 5. §. 2. *de O. et A.* et hujus quidem speciei non male fundamentum esse dicetur voluntas et consensus saltem tacitus heredis, qui hoc ipso, quod hereditatem adit, id in se recipere videtur, ut legatariis et fideicommissariis ea praestet, quae ab defuncto illis relicta sunt, *d. l.* 5. §. 2. *l.* 3. §. *ult.* cum *l. seqq. Quib. ex caus. in possess. eat.* etiam vero creditoribus

(d) *Pos.* 19. 20.

hereditariis; Nam et his datur adversus heredem, verum non ex quasi contractu, sed ex eodem contractu quo defunctus illis tenebatur. Adeo ut aditio tamen sit medium, seu conditio sine qua non; minime vero causa formalis ejus actionis quam habent creditores in heredes. §. 5. *h. tit.* Ratio est, quia conditio obligationis ex persona heredis non mutatur. *l.* 2. §. 2. *de V. O.* Sed heres per omnia Jure defuncti utitur eumque repraesentat. *l.* 62. *de R. J.* Datur autem haec actio ex testamento non modo ad ipsa legata, sed etiam ad fructus usurasque petendas a tempore morae, nihilo secus ac in bonae fidei judiciis, *l.* 78. *in pr. de Legat.* 2. *et l.* 87. §. 1. *D. eod.* licet alioqui natura hujus actionis sit stricti juris. *l.* 5. cum *l.* 6. *de in lit. jur. l.* 3. *C. in quib. caus. in integr. restit. arg.* §. 28. *Inst. de Action.* Quinimo in cautione legatorum, quae fit per stipulationem, quam maxime stricti Juris esse constat, locum tamen habet incrementum usurarum ex mora. *l.* 1. §. 13. *ut legat. servand. caus. cav.* Cujac. 17. *observ.* 37. Cod. Fabr. *lib.* 6. *tit.* 24. *defin.* 1. Carpsov. *de fin. for. p.* 2. *const.* 30. *def.* 20. Caeterum, quo modo legatum sit relictum, quoad hanc actionem nihil interest; siquidem et per vindicationem res legata perinde actione personali atque rei vindicatione peti potest. *l.* 84. §. *ult. de Legat.* 1. *et l.* 108. §. 2. *eod. tit.*

7. (e) Ultimus quasi contractus est Solutio Indebiti, unde nascitur condictio indebiti, quae datur ei, qui per errorem (sub quo dubitatio *l. ult. C. de condict. indeb.*) solvit id quod naturaliter non debebat, §. 6. *h. t.* quo pertinet *tit. ff. de condictione indebiti.* de qua praesumptum est aliquid *supra ad tit. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 6. Ejus causa dicitur quidem esse tacita obligatio in *l.* 13. §. *ult. Commod.* sed qui hoc accipiendum sit, initio hujus tituli dictum est. Enimvero non esse hic proprie dictam obligationem, satis docet *l.* 19. *de reb. cred. in princip.* ubi *Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat* ait JCtus, *sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur*, quia tamen hoc ipso, quod solvimus, aliquid negotii gerimus, *l.* 33. *de condict. indeb.* satis causae est, ex qua lex obligationem quasi tacitam educere queat, *d. l.* 13. §. *ult.* ac ita capiendum, quod *in fine* §. 6. habetur; perinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum ei daretur, et ideo condictione tenetur; de qua comparatione diximus *ad tit. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 6.

(e) *Pos.* 21.

Scholium.

Non sequitur tamen, hanc obligationem non esse proprie dictam, quod vult Auctor propter d. l. 19. pr. de reb. cred. *ad quam quidem facilis est responsio: nisi forte conventionem pro* obligatione *dicere voluit Noster.*

Responsio.

Mea sic est ratio: Proprie tacitam esse obligationem quando partes non exprimunt quidem, sed tamen hoc agunt, ut obligentur, d. l. 19. *ut in speciebus societatis mandatique taciti vidimus. In solutione autem indebiti, nihil minus quam id agitur ut pecunia reddatur, verum ut in solutionem cedat, aliud nihil cogitant.*

N. Addit.

Hic nate omnia integrandum est Scholium, ab Autore capite truncatum. Dixerat Autor, Fundamentum repetitionis esse errorem. Adnotaveram, Remotum scilicet; proximum enim est obligatio ex quasi contractu seu conventione praesumpta, quae tacita vocatur in *l.* 13. §. *ult. Commod.* improprie, vid. Praelect. *Tum subjunxeram statim scholium prout hic est positum.* Unde tamen non sequitur etc. *Facile vero apparet, cur Autor omiserit verba initialia, ne videlicet lector sentiret mutationem status controversiae. Aliud est ex solutione indebiti oriri* obligationem improprium; *aliud hanc obligationem esse* improprie tacitam. *Posterius ipse concesseram, sed prius saltem impugnaveram, quod dixerat Autor subesse hic obligationem impropriam. Ergo jam in responsione id assumit, de quo non est lis. Id tamen liceat adversus eum ex hac responsione notare. Concedit Autor dari obligationes tacitas improprie. Concedit Autor has obligationes tacite improprias pertinere ad quasi contractus. Ergo hac confessione illa destruit, quae alibi contra nos urget, quod distinctio inter consensum tacitum et praesumptum, sive hunc improprie tacitum, sit inutiliter illata in artem. Vide quae disceptamus hac de re* ad tit. Pandect. de procurat. n. 4. *Item ex hac confessione poterunt ea impugnari, quae in Pandectis passim mihi opponit, quod numerum quasi contractuum nimis extenderim. Vide potissimum novam additionem* ad tit. ad exhibendum. n. 1.

(f) Caeterum, errere selutum oportet esse quod condicetur; ubi anceps occurrit quaestio, juris etiam error, an facti dumtaxat intelligendus sit. Videtur rotunda esse decisio in *l.* 10. *C. de Jur. et fact. ign.* Cum *quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio; per ignorantiam enim facti tantum, repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est.* Licet in autem *in tit. de condict. ind.* error ubique simplieiter memoretur, est tamen ita, quod erroris vox simpliciter posita de facti errore soleat intelligi. *l.* 9. §. 5. *vers. quod ex causa. et versic. nam initium. de jur. et facti ignor.* Res tamen praedura videtur, condictionem hanc, quae ex bono et aequo in hoc introducta est, ut quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocetur, *l.* 66. *de condict. indeb.* negare propter innocuum juris errorem; maxime, cum generaliter sit traditum, juris ignorantiam non prodesse quidem adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocere. *l.* 7. *de jur. et fact. ignor.* Quo loce nimis illa subtilis interpretatio videtur, qua eum, qui indebitum solutum condicit, non suum, sed amissum repetere, cavillantur dissentientes, et juris errorem non nocere quidem volunt in damnis rei amittendae, secus in re amissa; cujusmodi pecuniam indebite solutam esse, interpretantur, eo quod solutio sit species alienationis, et condictio rem non suam supponat. §. 14. *Inst. de Action.* Etenim quamvis suum proprie debito opponatur, *l.* 27. §. 2. *et l.* 31. *in pr. de aur. arg. leg.* non raro tamen suum idem quod debitum significat, *l.* 6. §. 6. *quae in fraud. credit. l.* 5. §. 5. *de dol. mali et met. except. et l.* 5. *C. de petit. hered.* ut et in definitione Justitiae jurisque praeceptis, *suum cuique* usurpatur; nec dubitandum, quin hoc loco, ubi de sensu aequitatis naturalis agitur, *suum* in latiore sensu sit accipiendum. Quis enim dixerit, iniquum esse, ut juris error innoxius sit ei, qui rem suam persequitur, quam forte aliis debet; non esse iniquum, uti rem sibi debitam, quam forte pluris intersit ejus habere, petenti opponatur? Et haec aequitas manifesto approbatur in *l.* 1. *pr. ut in possess. legat. et l.* 7. *de condict. caus. dat. caus. non sec.* ubi non obscure juris error in eo, qui ignorabat se doli exceptione uti posse, animadverti potest, nec multo secus in *l.* 32. §. 1. *de condict. indeb.* Apertissime, ni fallor, in *l.* 1. *C. de condict. ob caus. dat.* ubi mulier avunculo dotem dedit, putans se cum eo contrahere posse matrimonium, quo non potest liquidior esse juris error; nihilominus ei datur condictio. Secundum haec, textus in *d. l.* 10. *C. de jur. et fact. ignor.* intelligendus videtur de ejusmodi casu, qualis est in *l.* 9. *C. ad L. Falc. et l.* 9 §. 5. *de jur. et fact. ign.* ubi heres, qui per juris errorem integra solvit legata, non potest condicere quartam L. Falcidiae, qua uti se posse ignoravit. Causa enim ibi subest naturalis obligationis, qua fit, ut heres, qui Falcidia supersedit, pleniore pietatis officio functus dicatur. *l.* 5. §. 15. *de donat. int. vir. et uxor.* Condictio indebiti aequitate naturali inprimis nititur; proinde ubi is, qui solvit ex aliqua naturali aequitate fuit obligatus, jam cessat ratio, quae condictioni causam praebuit. Forte nec erit alienum dicere, Impp. in *d. l.* 10. respicere ad id, quod in *l.* 2. *et ult. ejusd. tit.* tradunt; condictionem indebiti non habere locum in causis lucrativis. Latius hoc agit D. Vinnius *comment. ad hunc* §. 6. *n.* 3. Dissent. multi, etiam noster D. Wissenb. *disp. ad Inst.* 39. *th.* 17. *et part. I. ad Pand. disp.* 43. *th.* 41. D. Voet. *comment. ad d.* §. 6. qui idem statuit de solutione indebiti facta per socordiam atque supinam negligentiam, quia sic in *l.* 3. §. 1. *de jur. et fact ignor.* scriptum sit; ignorantiam facti sic demum prodesse, si non *deperditi et nimium securi* hominis sit, ut in *l.* 6. *eod. nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis.* sed de crassa facti, idem quod de juris ignorantia, mox decetur *in l.* 7. et quod memoravimus, tenendum videtur, ut non tam ad suum repetendum, quam adquirere volentibus objiciatur. Caeterum, hoc sine difficultate concedendum; Si is, cui indebitum solutum est, sine fraude rem amiserit, pro parte vel totam, quod tantum quatenus inde locupletior est, teneatur. *l.* 26. §. 17. *vers. hoc solum. et l.* 65. §. 8. Duaren. *ad. d. tit. de condict. indeb. cap.* 9. Atque haec de indebito et errore generaliter.

8. (g) Videtur autem Indebitum quodammodo esse duplex, ex re, et ex persona. *Prius*, quando id quod solutum est, vere non debetur. Ex *persona*, quando quidem debetur id quod est solutum, sed non ab eo qui solvit, vel non ei cui solutum est. Ex utroque datur condictio; nam etiam cum tu mihi solvisti, quod amicus tuus mihi debeat, condictio tibi datur, *l.* 19. §. 1. *D. de condict. indebit.* tametsi obstet *l.* 44. *D. eod. tit.* quam alii volunt loqui de eo, qui solvit nomine veri debitoris. Ita Cujac. *l.* 8. *observat c.* 9. Giphan. in *l.* 16. *de condict. indeb.* Donellus 14. *comment. c.* 13. et alii; Est quidem illa responsio divinatoria, sed ego ita existimo, satius esse divinationes, quam *ἀντινομίας* admittere; modo sint ejusmodi conjecturae, quae ex ipsis textibus aliisve juris

(f) *Pos.* 22. 23. *et* 24. (g) *Pos.* 26.

fundamentis refelli nequeant: Si cui tamen haec minus hariolatio placet, is et aliter potest; Sic enim verba textus; *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam a vero debitore solutum est*, si hoc *suum* in proprio strictoque sensu accipere velis, quem paulo superius designavimus, dic, creditorem in hac *l.* 44. rem propriam accepisse, quam nulli reddere debeat, siquidem adversus omnes justi dominii habet exceptionem; ut docet exemplo JCtus in *l.* 33. verbis *sed suam rem. D. eod. tit.*

9. (h) Ut autem Condictio locum habeat, oportet id, quod solutum est, saltem naturaliter non deberi, licet civiliter debeatur; nam *v. gr.* quod quis metu coactus vel dolo deceptus promisit et solvit, hoc potest condicere, quia sufficit naturaliter non deberi. *l.* 41. *de condict. indeb.* Contra, quod naturaliter debetur, etsi civiliter indebitum, hoc non potest condici; ut exemplo notabili patet ex *l.* 60. *eod. tit.* ubi debitor sententia Judicis absolutus, adeoque exceptione perpetua tutus, tamen non potest repetere quod solvit; ut non immerito Marcianus dicat in *l.* 40. *pr. eod.* non esse perpetuam hanc regulam, *Qui exceptionem perpetuam habet, eum solutum repetere posse*; ne quidem eo sensu, quem JCtus excipit; cum exceptio in favorem ejus, qui solvit, introducta est: nam exceptio rei judicatae est hujus naturae sine dubio, neque tamen condictionem tribuit, quatenus scil. subest solida naturalis obligatio: Dico solida; nam secus est si jus civile naturalem illam obligationem tollat et evertat; veluti est obligatio pupilli et mulieris fidejubentis, quae licet naturaliter valeant, tamen quia Jure Civili infirmantur, Condictio inde nascitur. *l.* 40. *D. de condict. indeb.* At ibi tum applicanda est modo indicata Marciani distinctio, utrum jus civile labefactet obligationem naturalem in gratiam favoremque debitoris, an vero in odium creditoris; Nam si hoc, tum, utcumque lex aboleat vim obligandi naturalem, non est tamen ut debitor habeat condictionem; *Veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit*, non repetit, habetur in *d. l.* 40. *fine pr.* Quod si adhuc in potestate existens solverit, tamen condictio negatur, per *l.* 14. *de reb. cred.* quae indistincte loquitur, ut et *l.* 26. §. 9. *de condict. indeb.* et *l.* 9. §. *pen. de SC. Macedon.* Verum quod ex testamento jure invalido solutum est, pertinet ad regulam fractae Jure Civili obligationis naturalis, et repeti potest, *l.* 2. §. 1. *de condict. indeb.* quamquam, si heres cognito testamenti tenore vitioque perspecto, ex conscientia satisfaciendi testatoris voluntati solverit, repetitio nulla datur. *l.* 2. *C. de fideic.* Ad eamdem regulam pertinet, solutio integri legati sine detractione Legis Falcidiae, siquidem heres in facto circa vires hereditaris erraverit. *l.* 9. *C. ad L. Falcid.*

10. Etiam quod in diem debetur, si ante diem solutum est, non potest condici, quoniam et ante diem debetur. *l.* 10. *de condict. indeb.* Nec ratio apparet, quare debitor interusurii nomine, hoc est, ratione ejus quod interest, propter commodum medii temporis, quo creditor pecuniam habuit, antequam exigere potuisset, quidquam petere possit: Nam causa usurae in strictis contractibus est stipulatio dumtaxat; *l.* 3. *C. de usur.* in bonae fidei judiciis mora et pactum. *l.* 32. §. 2. *et alibi de usur* Distinctio Molinaei *tract. de comm. et usur. quaest.* 64. *n.* 497. *et seqq.* inter anticipatum tempus modicum et non modicum, aequitatis specie blanditur, nec ab usu judiciorum forte aliena erit, at juris auctoritate destituitur. Perez. *ad tit. C. de condict. indeb. n.* 5. Costal. *in l.* 10. *D. eod.* Quod sub conditione debetur ante conditionem existentem solutum, repeti potest, *l.* 16. *pr. et l.* 60. *pr. d. t.* Ratio ex iis, quae supra *ad tit. de verb. obbligat. n.* 5. dicta sunt, facile percipi potest. Si tamen conditio sit ejusmodi, quae omnino sit extitura, nec deficere queat, solutum non repetetur. *l.* 18. *de condict. indeb.* Quod si in diem incertum debeatur et ante diem solvatur, scriptum est, diem incertum facere conditionem, *l.* 75. *de C. et D.* nisi perinde sit ejusmodi dies, quae incerta quidem est *quando*, certa tamen est aliquando extitura. *l.* 17. *de condict. indeb.*

11. (i) Tres sunt causae, in quibus omnino cessat condictio indebiti, scilicet actiones, in quibus lis inficiando crescit in duplum, † quae sunt, Legati piis locis relicti, legis Aquiliae, et Depositi miserabilis, quod incendii, tumultus, ruinae, naufragii causa est depositum. *l.* 1. §. 1. *et seq. Deposit.* §. *ult. h.* Ratio, cur in his judiciis cesset condictio, satis est obscura, etiam ea, quam plerique reddunt, quod solvendo quasi transactum sit de duplo, ad quod teneantur hi, qui vel de fraude sunt convicti, vel primo se reos esse ex hisce causis inficiati sunt.

(h) *Pos.* 25. (i) *Pos.* 27.

† Hae tres Actiones, Legati piis causis relicti, Legis Aquiliae, et Depositi miserabilis, etiam apud Saxones poenales sunt, §. 12. *I. de Action. lege* 2. §. 1. *D. ad L. Aquiliam, lege* 1. §. 1. 4. *D. Depositi* expressa sanctione confirmatis et in usum revocatis. *O. P. S. E. I. et E. Tit. XVI.* §. 3.

Scholium.

Sed quid obscuritatis hic subest, si dicas, leges in his casibus praesumpsisse transactionem? Sane ipse Autor fatetur; id quod nomine transactionis datur, non posse condici tanquam indebitum, quamvis sine causa vera praecedente detur. Ergo qui in causa depositi miserabilis quid solvit, praesumitur id non ex errore solvisse, sed ex metu dupli. Non obstat. l. ult. C. h. t. *utpote quae loquitur de metu et anxietate in genere, in quo leges nullam transactionem voluere praesumere. Ibi ergo regula traditur*, hic *exceptio.*

Responsio.

Exemplo res patebit. Conveniris de damno dato. Putas te dedisse damnum; solvis aestimationem ultro. Nec inficiationis, neque doli ulla mentio. Intelligis dein errorem fuisse, alium esse reum. Quid heic simile transactioni de duplo? Si quis tamen velit, hic esse praesumptionem illam: fiat; non repugno Mihi non potest non obscurum videri. Vid. §. ult. h. t.

N. Addit.

Vereor, ne nunc sit ignorantia affectata. Nam prout Autor casum format, multa sunt monenda. Putas, *ait*, te dedisse damnum, et ita solvis ultro. *Distinguendum: si alius dedit, et nemo est, qui me persuadet me dedisse, vix casus est dabilis, quod sim ultro soluturus. Si actor dolose me persuasit, possum repetere Nam etsi transactio praesumatur, tamen transactio dolosa rescinditur.* Porro, *ait Autor*, inficiationis tamen hic nulla facta mentio. *Quid inde? Sufficit quod Romani scirent: eum qui inficiaretur, teneri in duplum. Ipsi enim vulgo sciebant jura patria lingua patria proposita. Adeoque non aestimandi sunt ex nobis, qui jura peregrina habemus, ex quibus judicatur, quae tamen populus ignorat.*

Adde Vinn. *ad hunc* §. *ult. n.* 2. ubi suggerit duas exceptiones alias; Prima est de dote, quae si data sit a matre, ab amita, vel sorore aliisve pietate productis personis et putantibus se esse obligatas, cum non essent, non repetitur *l.* 32. §. 2. *de condict. indeb.* Ex qua tamen non liceat ita colligere; condictionem indebiti cessare in causa dotis; quia non aliter hoc obtinet, quam ubi pietas induxit praesumptionem, quod ex affectu sponte dotem datura fuerit; quemadmodum et JCtus in *d. l.* 32. §. 2. *sublata*, ait, *opinione falsa, relinqui pietatis causam, ex qua solutum repeti non potest.* Multo minus recte dicitur, in causa transactionis hanc cessare condictionem. Imo, qui solvit quasi ex transactione quae facta non est, repetere potest, utpote ex falsa causa datum, *l.* 23. *in pr. de condict. indeb.* quod est verissimum hujus condictionis specimen et exemplum. Etenim, quod is, qui vere transegit de lite, quae per calumniam ei movebatur, cum nulla subesset causa litis solida, non potest repetere quod dedit; id ad hoc caput nullo modo pertinet, sed ad diversissimam quaestionem, an scilicet transactio possit rescindi, ex eo quod nulla causa media fuit, quae transigendi necessitatem inferre potuisset, id quod negatur *l.* 2. *et l.* 19. *C. de transact. l.* 65. §. 1. *de condict indeb.* ubi addit JCtus, *nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse.* Condictio indebiti cessare dicitur, quando quod solutum est ex aliqua causa, repeti nequit, etsi probetur causam illam esse falsam; Proinde, si repeti non posset quod titulo transactionis solutum est, cum transactio nulla praecesserat, tum vere cessaret condictio; at hoc falsum esse, probat *d. l.* 23. *in pr.* Eadem ratio exceptionis est, quam de causa jurisjurandi §. 11. *Inst. de Action.* et Rei judicatae, *l.* 1. *C. de condict. indeb.* vulgo comminiscuntur. Sane quod quis sciens indebitum solvit animo repetendi, nullo modo repeti potest, *l.* 1. *et l* 50. *de condict. indeb.* sed non est haec exceptio, quia non est de regula, quae de solutione per errorem facta loquitur. Donell. 14. *comment.* 25.

TIT. XXIX.

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

(a) Hujus tituli notitia pendet ex eo, quem supra habuimus, *per quas personas cuique adquiritur.* Notum est, alii per alium non adquiri obligationem, nisi per eum, qui in potestate nostra sit, veluti per filiumfamilias et per servum. Pater igitur adquirit obligationem

(a) *Pos.* 1. *et seqq.*

quam filius coutraxit ratione peculii profectitii, sed quam ex peculio adventitio adquisivit, ejus proprietas ad filium, ususfructus ad patrem pertinet; quae autem ex peculio castrensi vel quasi eostrensi oriuntur, ea cuncta penitus ot pleno juro filio adquiruntur. *in pr. hoc tit.* Proinde, si quid filius stipuletur ex eausa profectitia, id Patris pleno jure fit. *pr. h. t. l. 6. pr. C. do bon. qu. lib.* Dumtoxat, si filius tempore contractus in potestate fuerit; tametsi enim emancipetur antequam debitum sit exaetum, manet tamen actio Patris, quia in stipulationibus id tempus, quo cootrahitur, spectamus. *l.* 144. §. 1. *de R. J.* Imo in conditionali eootractu, si anto existeotem conditionem filius emancipetur, licot obligatio tum demum oascatur, Patri tamen adquiritur, *l. 78. de V. O.* nisi eonditio peudeat ab arbitrio factoque filiifamilias, *l.* 132. §. *ult. eod. et l.* 11. §. 1. *Qui pot. in pign.* vel sub hau conditione, si juris sui factus erit, stipulatus sit filius, aut servus uisi rursus dolo id feceriot. *l. ult. do stipul. serv.* At in legatis aliter se res habet; Quod enim filio sub conditiono relinquitur, eo mortuo, vel emancipato ante conditionem, Patri uoo adquiritur, quia legata, priusquam deberi incipiaot, vires nou capiunt, *l.* 18. *de R. J. et l.* 5. §. 2. *Quando dies leg. cod.* addu quae dicta *ad pr. ot* §. 1. *d. tit. per quas personas.* Per sorvos indistincte adquiritur obligatio, qui modo nostri suot, nam per alienos et bona fido possessos non uisi duabus eausis adquiritur, scilicet ex operis illorum et ex re domini. §. 1. *et* 2. *h.* Per servum commuoem dominis pariter pro rata adquiritur, oisi uomine vel jussu unius contraxerit; tuoc enim illis dumtaxat adquirit, quorum nomine quorumque jussu eontraxerit. §. *ult. h. t.*

TIT. XXX.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

I. Do modis tollendi obligationem ipso jure, generaliter. II. De solutiono, ubi quid solvi possit. III. Invito creditori non posse per partes, posse tamen anto diem solvi. IV. Quis solvore possit, et de effectu solutionis. V. De acceptilatione. VI. De novatione, VII. Quotuplex sit novatio. VIII. Differentia novationis quae fit interventu novao personae, a delegatione. IX. Quandonam inter easdem personas intelligatur novatio. X. Effectus voluntariae novationis. XI. Diversi effectus necessariae novationis. XII. De contrario conseusu. XIII. Reliqui modi quibus tollitur obligatio, ubi de confusione. XIV. De compensatione. XV. De interitu rei debitae. XVI. De oblatione et consignatione.

(a) Non sine rationo methodi ratio in hoc eapite a Justiniano exigitur, quod de modis obligationem tollendi agit aotequam de obligationibus tractatum absolverit; cum alter earum fons et quasi mater adhuc supersit, quae est maleficium. Ratio duplex reddi posso videtur, prima, quod modi quibus tollitur obligatio longe freqnentiores sint in contractibus quam in delictis; altera, quod hi modi sint voluntarii omnes, partiumque consensu perficiaotur: cum delicta sint obligationes involuntariae interque invitos solummodo constent. Maluit igitur Caesar affectionis hujus cum materia proxima, quam ordinem universae partitionis considerare, quod et gratius Lectori evenire videtur. Tolluntur autem obligationes, vel ipso jure, vel per medium exceptionis. Modi quibus ipso jure tolluntur, heic loci quatuor tractantur, Solutio, Acceptilatio, Novatio, et contrarius Consensus. Solutionis vocabulum late vel strictius in jure usurpatur. Late, pro quavis liberatione, sive cujuslibet obligationis solutione, quae fit ipso jure, hoc est ita, ut debitum sine ullo actu judiciali penitus aboleatur et jus creditoris funditus extinguatur, ita ut nulla ei actio amplius supersit. *l.* 54. *de solut. et l.* 176. *do V. S.* Per modum exceptionis obligatio tolli dicitur, quando jus creditoris in se adhuc durat actioque ab illo institui potest, sed aequitatis intuitu per exceptionem eliditur, de quibus *tit. Inst. de oxcept.*

2. (b) Solutio stricte sumpta quasi per excellentiam, definitur; Naturalis praestatio ejus quod debetur. *l.* 49. *et l.* 52. *do Solution.* Dicitur *naturalis*, hoc est vera et propria, quando res ipsa, quae debetur, traditur: aut cum nummi debiti adnumerantur, vel, ut olim, appenduntur. Vim verbi, *naturalis*, Graeci efficaciter exprimunt, quando solutionem vocant καταβολήν, et solvere καταβάλλειν, quasi *projicere*, aut *adjicero* et *effundero nummos*, quod et Galli sua Lingua imitantur, qui *bailler projicore*, frequeoter pro *solvere* uti solebaot, oeque

(a) *Pos.* 1. 2. 3. (b) *Pos.* 4.

vernaculum *schieten*, *tellen*, unde *betalen*, hinc alienum est. Voce *naturalis* discernitur etiam solutio ab acceptilatione, quam esse imaginariam solutionem mox iotelligemus. Ipsa quoque res debita, inquam, solvi debet, alioqui non est praestatio naturalis, ita scil. ut res fungibiles in eodem genere solvi sufficiat, *l.* 2. §. 1. *D. do reb. cred.* quemadmodum supra in capite de mutuo iotelleximus: oam sane qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere. *arg. l.* 1. *de contrah. empt. et l.* 65. §. 1. *de V. O.* Seneca 6. *de benef. c.* 5. Species autem sive corpora in eadem specie reddeoda sunt, nec enim poteat aliud pro alio solvi iovito creditori, sed volenti poteat. *in pr. hoc tit. d. l.* 2. §. 1. *et l.* 80. *do solut.* Si vero contentus sit creditor accipere aliud pro alio in solutom, nihil est quod impediat, vel species dare pro pecuniis, etiam in illis contractibus, quorum ea proprietas est, ut pecuniam numeratam exacte in cootrahendo requirant, *l.* 17. *C. de solut. et l.* 9. *C. de rescind. vend.* qui tamen auri argeotive certum pondus debet, solutione pretii ejus liberatur. *l.* 1. *in f. l.* 9. *et l.* 35. *de aur. arg. leg.* Etiam quando quis decem in certa materia v. e. mellis debet, tum electio et debitoris et ereditoris esse videtur, utrum mellis eam quantitatem, quae talis sit pretii, an decem solvere vel petere veliot; debitoris ante, creditoris post litem contestatam electione, *l.* 57. *de solut.* actum enim est in illis casibus de materiis corporalibus seu quantitatibus pretioque aestimatis. Saepe etiam fit ut ex post facto, si res vel quantitas debita perierit aut praestari oequeat, ut tum ad aestimationem io pecunia numerata agatur, *l.* 22. *de reb cred. l.* 3 §. 3. *de Action. empt. et l.* 59. *do V. O.* manet eoim idem debitum; qoando rei, quae mercis oumero habetur, in pecunia onmerata fit aestimatio, ut etiam fidejussor in eum casum accipi possit; quod vice versa, ut pro eo, qui pecuniam debet, fidejussor in rem aut quaotitatem aliam interveniat, fieri non potest *l.* 8. §. 8. *et l.* 42. *de fidejuss.* Sane quando in bonis debitoris pecunia non reperitur, res loquitur, aliquode solutionem conficiendam resque debitoris creditori esse addicendas, *Nov.* 4. *c.* 3. quio hoc etiam in nummis est verum, non cogi creditorem io aliam formam nummos accipere, si ex ea re damoum aliquod passuus sit, *l.* 99. *do solution.* (1) quod refer ad ea quae dix. *ad tit. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 3. nam prout quidque contraetum est, ita et solvi debet. *l.* 8. *de adq. vel amitt. pos.*

3. (c Unde etiam recte coocluditur, quod oec iovito possit obtrodi solutio per partes. Quia totum, non pars debetur, et solutio particularis minus est commoda, *l.* 3. *famil. erciscund.* adeo ut si quis debitum non totum consignaverit, de summa tota usuras debeat. *l.* 41. §. 1. *de usur.* et si quis sub poeoa certam summam promiserit, is partem solvendo oulla parte poeoae liberatur, l. 25. §. 13. *Famil. erciscund.* nec emptor parte pretii soluta partem ullam rei emptae petere potest, *l.* 13. §. 8. *de Action. empt.* neque debitor solvendo partem, distrahcodi pignoris facultatem creditori adimit aut minuit, *l.* 6. *C. de distract. pign.* quod aeque obtioet, si heredum unus pro sua parte solverit. *l.* 16. *C. eod.* adde *tit. C. si unus ex plur. hered.* Sane cui libertas sub cooditione daodi relicta est, is heredem ad accipiendam partis solutionem, favore libertatis cogere poteat *l.* 4. §. 6. *de statulib.* et si debitum pro parte sit liquidum, pro parte controversum, tum liquida pars solvi potest etiam iovito, ut ita de controversa dumtaxat litigetur, *l.* 21. *de Reb. Credit.* denique arbiter in judicio familiae erciscundae ioter coheredes quidem nomioa partiri potest, sed hoc oullam juris divisiooem inducit, nec creditoribus, ut pars petenda fit, praejudicat, *l.* 3. *Famil. erc̈isc. l. ult. de distract. pignor. l.* 9. *si pars. horedit. pet.* Nec *in l.* 9. §. 1. *de solut.* quae objicitur, quidquam est, quo per partes invito solvi probetur, oec etiam in *l.* 2. §. 1. *et* 2. *de V. O.* quin etsi per partes debitor acceperit, si tamen simpliciter se obligavit ad restitueodum, verius est, eum ad totum teneri restituendum. *l.* 80. *do solut. et l.* 27. *do R. J.* solvendum etiam eodem loco quo conveoit, *l.* 9. *de eo, quod certo loco.* ut iovitus creditor alio loco accipere noo cogatur. *l.* 2. §. 7. *eod. l.* 16. §. 1. *de fidejussor. l.* 10. *C. de usur. et l.* 5. §. 1. *depos.* Cur igitur officio judicis inesse dicitur, ut rationem loci vel temporis habeat *in l.* 5. *pr. Comm.*? Nam quod vi conventionis jure debetur, officio judicis noo iodiget, oum haec duo opponantur. *l.* 7. *do neg. gest.* At hoc quidem per omoia noo ita se habet. Ego enim ita existimo, oihil esse io officio judicis quod ooo saltem implicite insit in ipsa obligatione, ut alias latius; sed huoc quidem textum satis explicat JCtus *in l.* 137. §. 2. *de V. O.*

(o) *Pos.* 5.

(1) *At hoc non dicitur in cit.* l. 99. de solut. *et quomodo, quaeso, creditor poterit pati damnum ex eo, quod debitor in alia quam accepit forma nummos solvat, modo probos solvat? Vide Bynckersh, observat.* lib. 1. cap. 9.

seilicet de temporo, quod in loco tacite continetur, definiendo. Nihil etiam haerendum, quin tempus obligationi adjectum ait ita servandum. *l* 44 §. . *de O. et A.* juncta *l.* 23. *de R. J.* Posse tamen ante diem solvi etiam invito creditori, probavimus *ad tit. de Verb. oblig. n.* 3. *sub fin.* sine ullo tamen creditoris detrimento; Nam si debitor velit usuras deducere, quas usque diem constitutum creditori prorogaverit, nihil agit, *l.* 122. *pr. de V. O.* quamvis alioqui non intersit, gratuita an usuraria sit pecunia. Sand. 3. *decis.* 16. *def.* 1. Recusatae autem a creditore pecuniae hic erit effectus, quod interim si pareat, damnum hoc iniquae recusationis habeatur, idque creditori incumbat, *l.* 72. *in pr. d. t. de solut.* modo tamen opportuno loco et tempore sit oblata solutio, *l.* 39. *de Sol.* nec id vero de qualibet defunctoria recusatione vel dilatione noli intelligere, *l.* 102. *de V. O.* sed oportet debitorem serio contestari, et si creditor perseveret, in publico deponere et obsignare pecuniam *l.* 19. *C. de Usur.* Proinde non prohibetur etiam post diem creditor actionem instituere, modo pecunia tum extet. *l.* 21. *de pecun. constit.* Caeterum, in ultimis voluntatibus paulo aecus esse videtur, utique in fideicommisso in diem restituendo *l.* 10. *ad Sc. Trebell.* Dedimus aliam limitotionem *cit. n.* 3. *in fin.* Dissentit. Cujac. 23. *observat.* 23.

4. (d) Nihil interest ad tollendam obligationem, debitor ipse solvat an alius pro illo, quamlibet invito, *h. pr. l.* 39. *de negot. gest.* invito quidem non fit beneficium, *l.* 69. *de reg. jur.* sed limitatur haec regula. 1. Facto non potest, vi legis potest. 2. Nisi intersit tertii, quemadmodum hic interest creditoris. Ei tamen, qui pro invito solvit, non videtur actio dari adversus alterum pro quo solvit, nisi ei a creditore cassa fuerit. *l. ult. C. de negot. gest. arg.* §. 1. *supr. de obligat. quae quasi ex contr.* Caeterum fidejussores pignoraque liberari per solutionem ab reo principali factam et vice versa per solutionem fidejussorem debitores liberari, sponte ex his consequitur, *d. pr. in fin. l.* 43. *de solution.* neque tamen semper debitore liberato v. gr. praescriptione temporis, fidejussor liberatur, ut est species *in l.* 38. §. *pen. de solution.* sic etiam, si fidejussor solus moram fecerit aut per eum steterit quominus res, quae interim periit, praestaretur, reo liberato, ipse adhuc utili actione ex stipulatu tenetur, *l.* 32. §. *ult. de usur. l.* 49. *in pr. de V. O.* Cum fidejussore comparatur quidem mandator, *rubr. de fidejuss. et mandator.* hoc tamen interest, quod mandatore solvente, reus non liberatur ipso jure, *l.* 28. *Mandat.* quia mandator propter suum mandatum et suo nomine, quod secus in fidejussore, solvit. *d. l.* 28. *et h. pr. in fin.*

5. (e) Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, *l.* 1. *de Accept.* (2) sive est verborum conceptio, qua creditor debitorem ita liberat, ac si solvisset, unde vocatur *imaginaria solutio*, *εἰκονικὴ καταβολή*, *in* §. 1. *in pr. h. t. l.* 5. *et l.* 16. *de accept.* Glossarium Juris, acceptilationem vult esse *τὴν εἰκονικὴν λῆψιν, τὸν τύπον μόνον καὶ σκιὰν σῴζουσαν τῆς λήψεως, οὐ μὴν καὶ ἔργον. Imaginariam acceptionem, typum dumtaxat ac umbram receptionis servantem, non rem ipsam, ἣν καὶ ἄθωσιν ὀνομάζουσι. διὰ τὸ ἀθῷοῦν καὶ ἐλευθεροῦν τὸν ὑπεύθυνον quam et absolutionem vocant, quia reus per eam absolvitur et liberatur.* Imaginaria dicitur respectu solutionis, quae *φυσική*, *naturalis* est: alioqui vera et solida liberatio est acceptilatio, habens verum atque realem effectum, ut imaginarium idem sit quod symbolicum, cum verus solidusque actus pari effectu per symbolum et imaginem exercetur. Usus ejus est, ut interponatur a creditore, aut donandi animo, vel ob transactionem implendam, aut alterius rei personaeve respectu, sed absque praestatione ejus quod vere debetur, *d.* §. 1. *h. t.* quimmo si vocem solutionis generaliter accipiamus, ut superius expositum est, tum et verae solutionis nomen habere potest acceptilatio, ut omnem satisfactionem complectatur, *l.* 176. *de V. S.* juncta *l.* 9. §. 3. *de pign. act.* patetque adeo differentia ejus ab apocha, quae est confessio solutae pecuniae, *Quitance*, cum acceptilatio sit *quyt-scheldinge. l.* 16. §. *. *de acceptilat.* Quia autem solemnibus verbis fiebat acceptilatio, idcirco sola verborum obligatio per eam tollebatur, donec inventa est Aquiliana stipulatio, in quam reliquae obligationes transfunduntur, transfusae per acceptilationem perimuntur. §. 2. *h.* Ex gr. debentur mihi centum ex empto; Rogo debitorem; centum

(d) ***Pos.* 6. *et* 7.** (e) ***Pos.* 8. *et seqq.***

(2) *Sed quomodo per mutuam interrogationem fit acceptilatio, cum in ea unius dumtaxat interrogatio soleat intervenire? Nodum hunc expedivit Barth. Chesius interpret.* lib. 1, cap. 47. *observans h. t. de accep desumptam esse ex Modestini lib.* 2. regul. *ut inscriptio attendit, in quo libro de duobus reis agit Modestinus, ut patet ex* l. 1. de duob. reis. *Quo posito, sponte se offeret species, qua per mutuam interrogationem contingere potest ab eodem nexu absolutio, nempe si ponamus, quod testator, duobus heredibus institutis, in solidum injunxerit ut Sejo darent, et legatarium eas velle per acceptilationem liberare.* Vide Ches. loc. citat.

quos ex empto mihi debes, hos tu mihi dare spondes? At spondeo. Tum ille; centum quos ego tibi dare spopondi, hos tu mihi acceptos fers? Acceptos fero. Atque hoc sensu dicitur acceptilatio esse juris gentium, quod ad effectum scil. quia non jam civiles tantum, sed et juris gentium obligationes tollit. *l.* 8. *in fin. D. de Acceptilation.* Enimvero si acceptilatio facta sit absque novatione Aquiliana, licet ipso jure non tollat actionem, per remedium tamen exceptionis idem adsequitur, quoniam acceptilatio inutilis vim valoremque pacti habet. *l.* 8. *pr. et l.* 19. *in pr. de Acceptil.* Denique, ejusmodi circuitus novationis, etiam pro subtilitate juris Romani necessarius est, quando absens per acceptilationem liberandus venit; Sicut enim per procuratorem non adquiritur nobis verborum obligatio, ut dix. *ad* §. 19, *Inst. de Inutil. stipul.* ita nec acceptilationi procurator adhiberi potest, quoniam et haec solemni verborum conceptione perficitur; imo, quod magis ad rem pertinet, est actus legitimus, quales non recipiunt conditionem vel diem, quod utrumque scriptum *in l.* 77. *de R. J.* Proinde, ut absentes acceptilatione liberemur, opus est aliquem eodem loco, ubi creditor est, constitui, a quo creditor eamdem pecuniam, quam nos ipsi debemus, novandi causa stipuletur, tum jam nos sumus liberati; praesens autem amicus ille rogat creditorem acceptum, atque is acceptum fert; eoque modo plena liberatio perpetratur. *l.* 13. §. 10. *de Acceptil.* Procuratorem istum mandato scilicet instructum esse oportet, ut habetur *in l.* 3. *de Acceptil.* Cui genus debetur, si certam speciem acceptam tulerit, obligatio tollitur, *l.* 13. §. 4. *de Acceptil.* perinde ut cui alternative aut hoc aut illud debetur, alterutrum acceptum ferendo, totam perimit obligationem, quod perinde est in pacto. *l.* 27. §. 6. *de pact.*

Scholium.

Scilicet, quod etiamsi per pactum acceptum feram alterutrum, tamen hoc pactum opponi possit toti obligationi d. l. 27. *Alias enim non est perinde an per pactum an per acceptilationem debitum fuerit sublatum. Hic enim ipso jure tollitur, ibi per exceptionem, quae differentia tamen moribus nostris est sublata* per posit. seq. *Adde* not. ad *Strauch.* XVII. 5. p. 188.

Sed hodie pactum et acceptilatio nihil differunt, nisi clausulae transactionum aliorumque pactorum, quibus partes se mutuo liberant, huc referantur, et hunc usum maxime apud veteres habuere, ad instar stipulationum, *l.* 2. *l.* 15. *de Transact.* et *l.* 4. *de condict. caus dat. caus. non sec.*

6. (f) Sequitur NOVATIO *in* §. 3. *h.* quae definitur, Prioris debiti in aliam obligationem civilem vel naturalem transfusio atque translatio. *l.* 1. *de Novation.* Fit translatio in naturalem obligationem, non quod attinet ad genus et formam obligationis, quia novatio semper fit verbis et civili modo, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *et l.* 5. *et pass. eod. tit.* sed quod ad personam obligati attinet, velut si pupillus alienam obligationem in se recipiat. *d. l.* 1. *in fin.* Nam etsi pupillus ex ea causa non obligetur, partium tamen intentio efficit, ut obligatio tollatur, ac ita novationis natura constet, ut exponit Imperator *in* §. 3. *h. t.*

7. (g) Est novatio duplex, voluntaria et necessaria. Prior quae fit consensu partium; non aliter tamen quam, ut modo dictum, per stipulationem, *l.* 1. §. 1. l. 2. *et l.* 5. 6. 7. 8. *et pass. D. de Novat.* posterior per litis contestationem, *l.* 11. §. 1. *l.* 29. *eod. l.* 1. *C. de judic. et l. ult. C. de usur. rei jud.* sed de priore definitio proprie intelligitur, ut mox intelligemus. Eaque rursus est duplex; Fit enim aut cum aut sine delegatione; quando novus debitor in locum prioris substituitur, ita ut primus plane liberetur, *h. t.* §. 3. *l.* 11. *de Novat.* novus autem iste vocatur expromissor, *l.* 4. *de condict. caus dat. caus. non sec. et l.* 10. *de pignor. act.* item reus pro alio datus, *l.* 5. §. 7. *de jur. dot.* qui semetipsum quoque, debitore ignaro, delegare potest. *l.* 4. *de manumiss.*

Scholium.

Distinguunt tamen alii expromissionem a delegatione, quod in illa non requiratur consensus et scientia prioris debitoris, l. 8. in fin. de novat. l. 91. de solutionibus. *Secus in delegatione*, arg. l. 11. et 17. de novat. Non obst. l. 4. §. 1. de manumiss. conf. *Wissenb.* d. l. th. 4. et 5. *Strauch.* XVII. 7. et 8. *Quomodo ulterius delegatio a novatione differat, vide* Auctorem h. t. et *Wissenb.* d. th. 5.

Responsio.

Non videtur esse recusanda haec differentia. Quae tamen non impedit, quominus qui delegatur, etiam sit expromissor, ut est sine dubio.

8. (h) Accurate quidem loquendo, differunt Delegatio atque Novatio, quae fit interventu novae personae; Namque delegatio proprie est actus ille, quo novus debitor in locum prioris substituitur, quod solo consensu mutuque perfici potest, *l.* 17. *de Novat.* sed novatio non nisi

(f) *Pos.* 12. *et* 13. (g) *Pos.* 14. (h) *Pos.* 15.

per stipulationem fit, ut dictum, quae tum sequitur delegationem. Ex. gr. debes mihi centum quos tibi diutius credere nolo. Igitur Titium substituis consentientem eumque ego recipio; haetenus est delegatio. Tum ego, Centum, inquam, quos Cajus mihi debet, hos tu mihi dare spondes? Spondeo. Haec est novatio, quae tamen compendio significationis delegatio appellatur, *d. l.* 11. *de Novation.* Quid haec a cessione differat, palam est, quia non aliter quam utriusque fit consensu, *l.* 1. *et l.* 6. *C. de Novat.* cum cessio fiat ignaro invitoque debitore, ut ex iis quae *ad tit. de Mand.* diximus, intelligi potest. Cessio denique non tollit obligationem, ut delegatio. *l.* 4. *C. de Novat.*

9. (i) Sine delegatione, vel ut Thomasius mallet, sine expromissione, fit novatio, quando manentibus eodem debitore et creditore obligatio mutatur, *l.* 1. *pr. et* §. 1. *l.* 9. *et l.* 28. *de Novat.* veluti, cum is, qui ex empto debet, tanquam ex mutuo eamdem summam debere se profitetur, et stipulanti cum usuris redditurum spondet. *l.* 6. *C. si certum petatur.* Limitat tamen hanc novationem Justinianus in *d.* §. 3. ut non aliter inter easdem personas novatio intelligatur, quam si aliquid novi sit adjectum sequenti stipulationi, *forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur*, §. 3. *h. t. vers. sed si eadem.* quod tamen eo sensu negat Goedd. *de verb. obl* c. 5. *n.* 98. *et seqq.* per *l.* 8. *pr. et l.* 30. *de Novat.* in quibus est novatio inter easdem personas absque mutatione; sed in *l.* 30. expressum est animum novandi esse repetitam stipulationem. Vid. Vinn. *comment. ad hunc* §. *n.* 6. Novissime requirit Justinianus in novatione, uti partes diserte exprimant se priorem sustulisse obligationem novamque constitutam velle: caeteroqui posteriorem non esse vult novam, sed accessoriam dumtaxat, *d.* §. 3. *vers. sed cum hoc quidem. l. ult. C. de Novat.* at olim quoque novatio non aliter, quam si id actum esset inter partes, procedebat, *l.* 2. *l.* 8. *pr. et* §. *ult. et l.* 28 *de Nov.* quo forteau pertinet, quod modo de die caeterisque adjectionibus est dictum. Verum ut nominatim novandi animus * exprimatur, jure veteri non videtur fuisse necessum. Imo videtur per *l.* 58. *de V. O.* sed haud temere istum locum Cujacius *ad d. l.* 58. a Triboniano putat esse interpolatum, nec forte non *l.* 29. *et l.* 31. §. 1. ubi verba, *nisi id specialiter actum sit.* D. Wissenb. *Embl. Tribon. ad dd. ll.* sed et constitutio *d. l. ult.* sic intelligenda est, si non ex ipsa negotii natura palam constat aliam rem geri, quod sane liquet, si quis pro bove v. c. stipuletur equum, sublata stipulatione de bove: Similiter in delegatione non creditur habere locum ** *d. l. ult.* Quis enim de animo novandi, ubi novus est debitor vel creditor, dubitare possit? D. Vinn. *ad h. t.* §. *n.* 7. Voet. *ibid. n.* 8.

10. (k) Effectus voluntariae novationis sunt, ut tollantur pignora, hypothecae, fidejussiones, denique mora et usurae cursus sistatur, *l.* 8. *l.* 15. *l.* 18. *l.* 27. *l.* 29. *de Novat.* et *l.* 43. *de solution.* et exceptio doli amittitur ab eo, qui sciens eam sibi competere adversus priorem creditorem, delegari se passus est alii; Hic enim eum non deceperit ipsum, doli exceptionem non patitur, sed debitor eam donasse videtur, ignorans se habere regressum adversus delegantem. *l.* 12. *de Novat.*

11. (l) Necessaria novatio fit per litis contestationem, quae et delegatio dicitur, opponiturque voluntariae Novationi *in l.* 11. §. 1. *de Novat.* Nam judicio contrahi, sicut stipulatione, docet Ulpianus in *l.* 3. §. 11. *de pecul.* vocat illam *judicati* obligationem. Atqui in sententia nihil est stipulationi vel contractui simile; sed hoc ad litis contestationem, quae fit per narrationem actoris et contradictionem Rei, manifesto referendum est. Nec tamen effecta novationis

(i) *Pos.* 16. *et seqq.* (k) *Pos.* 19. (l) *Pos.* 20. *et* 21.

* In Saxonia Elect. pariter novandi animum exprimendum esse, apparet ex *Decision. El.* 66. et Philipp. *ad eamd. obs. n.* 18. Carpz. *P.* 2. *C.* 9. *Def.* 4.

** Ita recte cum Autore Italus *ad Wesenb. tit. de novat.* verb. *etiam.* Mevius *p.* 2. *Dec.* 240. Bachovius ad Treutler. *Vol. II. Disp.* 29 *th.* 6. *lit. H.* sentiunt. *vid.* Menck. *Contr. Jur. Civ. Disp.* 17. *th.* 12. Decisio Electoralis 66. distinguit hoc casu inter mercatores et alios delegantes, et regulariter in delegatione non tantum novandi animum exprimere, sed et priorem obligationem verbis expressis cassare et tollere jubet; Mercatoribus autem permittit absque nominatim facta novationis mentione delegare, et observantias desuper inter eos receptas confirmat. conf. Carpz. *p.* 2. *C.* 19. *def.* 16. *Id. L.* 5. *Resp.* 105. *n.* 16. Philipp. *ad. d. decis. Obs.* 2. *n.* 24 *seqq.* Novissime autem *Mandat. Pot. Reg. Polon. d. An.* 1699. §. *Bey der* 3. *Frage.* cautum est, assignationem per modum delegationis non aliter quam in scriptis fieri, assignantem ab eo, cui assignatio et delegatio fit, i. e. a Creditore suo quittantiam accipere debere, quam formam si delegans non observaverit, ipsum a priori obligatione nondum liberatum censeri, nec integrum ei esse delegandi ac novandi animum per testes jurisvejurandi delegationem probare, adeoque discrimen inter Mercatores et non Mercatores *d. Mand.* quodammodo sublatum esse videtur, §. *Und wie nun hiernach manniglich, als nach einem allgemeinen Land-Gesetz sich zu achten hat.* nisi quod casus, ubi assignatio in vim dationis in solutum per scontro facta est, ac de eo constat *aus denen. Scontro-Büchern*, excipiatur, *d.* §. *Beyder* 3. *Frage* vid. *Leips.* Statuta *p.* 103.

hujus effectum prius habent, quam secuta sententia secundum actoris intentionem; absoluto enim reo, nihil fit novi, atque ideo, quae proprie est litis contestationis, ea dicitur esse *judicati* obligatio. *d. l.* 3. §. 11. At haec obligatio retinet omnia commoda prioris obligationis omnesque occessiones, quae erant in originali, *l.* 29. *de Novat. l.* 8. §. 3. *de Fidejuss. l.* 16. §. 5. *de pignor. l.* 86. *et seqq. de R. J.* quo, vel etiam priore sensu, negatur vetus actio lite contestata consumi. *in l.* 2. *C. de Judic.*

S c h o l i u m.

Scilicet etiam privilegium prioritatis et praelationis, quod in cessione et novatione voluntaria non ita semper obtinet. D. Wissenb. d. l. th. 8. Strauch. XVII. 7.

Igitur Novatio appellatur, quia novas adfert qualitates, dum obligationes tempore et morte perituras facit perpetuas et in heredes transitorias. *l.* 139. *pr. de R. J.* Alibi plura.

12. (m) Contrario consensu tolluntur obligationes consensuales, dum res adhuc est integra; nam si traditione vel solutione jam sint impletae, tunc non simplici consensu, sed retro omnia agendo retractari debent. Quemadmodum et reliqui contractus, in quibus plus quam consensus requiritur, consensu partium solo non possunt revocari. vid. §. *ult. h. t. l.* 6. §. *fin. de contrah. empt. l.* 1. *l.* 2. *C. Quando lic. ab empt. disced. et l.* 58. *de pactis.* Potest autem et pro parte retractari quod actum est, aeque ac in totum, *l.* 7. §. 6. *de pact.* modo uterque in dissolutionem consentiat. *d. l.* 1. *Quando lic. ab empt. disced* Unius voluntas nihil operatur, *l.* 5. *C. de O. et A.* nisi quod mandatum et societas peculiari jure hac in parte utuntur, ut pridem intelleximus. Hypotheca, quae solo consensu initur, est ejusdem in hoc quoque articulo cum reliquis contractibus naturae, *l.* 1. *l.* 9. §. 3. *de pignor. act et l.* 4. *de pig.* juncta *l.* 23. *C. eod.* quod secus erit in pignore proprie dicto. *per l.* 58. *de pact.* Sed quid hoc est, nudo consensu tolli obligationes consensuales? Aut quid hoc, quod scriptum *est in* §. 3. *infra de Except.* pacto convento non dissolvi omnino obligationes, sed actionem nihilominus dari, quae per exceptionem elidatur? Cum idem tradatur *in l.* 27. §. 2. *de pact.* ne quidem pacti mere naturalem obligationem pacto contrario ipso jure tolli. Plane D. Voetius *ad hunc* §. 4. *n.* 1. negat contra Bachovium eam esse nudi consensus vim. Quid facias tamen? Res nimis clara est et in reliquis textibus citatis; neque recusandum, juxta naturales obligationes, quae ipso jure tolluntur, *l.* 95. §. 4. *de solut.* eas quoque civiles ipso jure tolli, quae solo nudoque consensu, adeoque mero jure gentium constant, eademque ratio est obligationis furti et injuriarum. *l.* 7. §. 14. *de Pact.* Proinde quod pactum non nisi per exceptionem et replicationem tollere dicitur obligationem, id de illis casibus accipiendum, quibus non agitur de simplici resolutione contractus mere consensualis. et quod pactum prius per posterius ipso jure tolli negatur, hoc ad pactum de petendo, quod sequitur pactum de non petendo, capiendum; Nam quia pactum prius de non petendo se referens ad obligationem aliam civilem et efficacem, ei non aliter derogat quam jure Praetorio, per exceptionem in judicio oppositam, hoc est facto; non potest sequens pactum nisi contrario replicationis facto exceptionem priorem evertere. Si tu roges, quomodo pactum a contrario consensu differat, propone tibi exemplum; *Emimus vendidimus*, postridie, *non emimus non vendidimus. Locavimus conduximus*, mox, *non locavimus non conduximus*: est contrarius consensus obligationem funditus tollens. Pactum ita fit; vendidi emisti, debes pretium, *non petam*, hic obligatio manet, executione ejus enervata. Diximus et alias. Adde Wessenb. *in par. D. de pact. n.* 11. Denique, si contractus ipso jure totus contrario consensu dissolvitur, perinde ac si nihil esset actum, res loquitur, consequentias aliorum respectu perinde evanescere; Unde vix equidem dubitandum videbatur, quin emptione venditione contraria voluntate resoluta, jus retractus, quod vicinis aut consanguineis competit, pariter extinguatur, maxime, quia tum cessat ratio propter quam Retractus est introductus, qui est ne res alienetur extra familiam; aliud tamen fuit supremae Frisiorum Curiae judicium apud Sand. *lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 6.

13. (n) Praeter hos quatuor modos sunt adhuc alii, per quos ipso jure tollitur obligatio, scilicet Confusio, Compensatio, Oblatio cum depositione pecuniae, rei Interitus sine culpa debitoris. Confusio est debiti et crediti in eamdem personam concursus, qui accidit, cum debitor fit heres creditoris, vel creditor debitori succedit; nemo enim esse potest sui ipsius debitor, *l.* 75. *D. de sol.* quae ratio efficit, ut etiam naturalis obligatio per confusionem tollatur, aeque ac aliis modis. *l.* 95. §. 2. *de solut.* Neque enim per naturam fieri potest, ut idem sit debitor et creditor: quanquam sunt casus peculiares, quibus confusionis effectus impeditur, *in l.* 6. *et* 8. *C. ad L. Falcid. in l.* 69. *ad Sc. Trebell.* quos opponit Giphan. *in hac quaest. ad l.* 2. *de luit. pign.*

(m) *Pos.* 22. *et* 23. (n) *Pos.* 24. *et* 26.

14. (o) Compensatio est debiti et crediti inter se contributio, veluti, cum ego tibi primo centum debeo, e tu deinde mihi vicissim debere incipis tantundem, aut minus; tum confestim tollitur aut minuitur in tantum obligatio mea. Sed hac de re latius infra agetur *ad* §. 30. *de Action.* vel potius ad *ff. sede propria.*

15. (p) Denique interitus speciei debitae sine culpa et ante moram eveniens liberat debitorem. *l.* 23. *D. de verb. oblig. l.* 23. *de R. J.* Limitatio de mora temperamentum recipit, ut, si res aeque apud creditorem vel dominum interisset, utcumque traditione confestim facta, tum possessor sive debitor etiamnum liberetur, *l.* 47. §. *ult. de Leg.* 1. *l.* 14. §. 1. *Deposit. et l.* 15. §. *ult. de R. V.* non obstante *l.* 25. §. 2. *Sol. Matrim.* ubi vir, qui moram in dote reddenda fecerit, detrimentum *omnimodo* ipse praestare dicitur; licet absit dolus et culpa, de quibus egerat in §. *praec.* non etiam ut haec distinctio, qua nihil est aequius, tollatur. Excipiuntur tamen fures et praedones. *l.* 1. §. 34. *l. pen. de vi et de vi arm. l. ult. D. de condict. furt.* Fachin. 2. *controv.* 71. Bronch. 1. *antin.* 74. Potest huc etiam referri concursus duplicis causae lucrativae in eamdem rem atque personam. *l.* 17. *de obligation. et action.*

16. (q) III. *Oblatio et consignatio* pecuniae aut alterius rei mobilis debitae, habet effectum solutionis, *l.* 9. *C. de solution.* ut etiam liberet a periculo et ab usuris. *l.* 19. *C. de usur.* Oblatio totius debiti tempore locoque opportuno *l.* 39. *de sol.* praecedere debet; et si creditor recuset accipere, citandus est, quod ex justa causa aliquando sine praevia oblatione fieri potest, ac si opponat se, litigandum; debet autem esse *obsignatio totius debiti solemniter facta*, alioqui non liberat. *d. l.* 9. Si pars modo consignata fuerit, usurae totius adhuc debentur. *l.* 41. §. 2. *de usur.* Quod si creditor ad impensas obsignationis vitandas declaret se pecuniam pro obsignata habere, debitor non liberatur, sed ab usura et poenis est liber, etsi usurae sint compensatoriae. Sand. *l.* 3. *tit.* 13. *def.* 14. ubi, an idem sit juris, quando judex pecuniam habeat pro obsignata. Quin imo recte forsitan dixeris, oblationem solam opportuno loco factam; si constet idem esse corpus quod periit ac oblatum est, a periculo sane liberare, non etiam alioquin ab usuris, *l.* 72. *de Solut. l.* 73. §. *f. de V. O. et l.* 8. *in pr. de condict. furt.* ubi de furibus id ipsum adfirmatur. (8) Sola tamen oblatio purgat moram, *l.* 73. §. *ult. et l.* 91. §. 3. *de V. O.* liberat a poena conventionali. *l.* 23. §. *ult. de Recept. qui arbitr.* et solvit antichresin. *l.* 11. *C. de usur.* Denique sola oblatio sufficit in re immobili vel difficili ad movendum, facta in judicio Fab. *l.* 8. C. *et* 30. *def.* 40. *et* 53.

Explicit Lib. Tertius.

(o) *Pos.* 25. (p) *Pos.* 30 *et* 31. (q) *Pos.* 27. 28. *et* 29.

(8) *Si sola oblatio purget moram, uti recte docet Auctor, consequens erit ut etiam sistat cursum usurarum ex mora debitarum, maxime cum caeteros morae effectus tollat.*

EX LIB. IV.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

TIT. I.

DE OBLIGATIONIBUS, QUAE EX DELICTO NASCUNTUR.

I. Continuatio. Quotuplex sit delictum, et qualiter de privatis criminibus agatur. II. Definitio furti explicata, et divisio ejus ratione objecti. III. Divisio furti in manifestum et nec manifestum. IV. Alia quadruplex divisio. V. Poena furti. VI. Furtum regulariter praeter voluntatem Domini committi. VII. Casus ubi volenti Domino fit furtum. VIII. An hominis liberi furtum possit fieri. IX. Furtum in re propria quandoque committi posse. X. Contra quem detur actio furti. XI. Cui detur haec actio. XII. An commodatario. XIII. An depositario. XIV. De reliquis circa furtum actionibus.

(a) Secunda obligationis causa est delictum seo maleficium, vel Crimeo; sunt enim haec synonima *l.* 131. *in fin. de V. S.* licet aliquando criminis vox paulo sonet tristius, ut videtur *l.* 2. §. 8. *C. de vet. jur. enucl.* Delictorom, quod ad causam producentem attinet, nulla est divisio; quippe cuncta crimina obligationem ex ipsa Re pariunt, ait Imperator; id est, hoc ipso quod maleficiom est perpetratum, obligatio inde nascitur: nec altius repetenda causa; neque enim hic aut consensus, aut litersrum verborumve conceptio usu venit; Aristoteles quidem delicta vocat συναλλάγματα, *contractus*, 3. *ad Nicomach. c.* 2. verum ἀκούσια, *involuntaria*, consensum ita satis excludeos. Res ipsa loquitur, eum, qui alterum cootra jus laesit, teneri ad hoc luendum. Porro, delictum est vel privatum vel publicom, *d. l.* 2. §. 8. Privatom, de quo illi tantum agunt, ad quos ea res pertinet, suntque inprimis quatuor; Furtom, rapina, damnum, atqoe injuria. Publicum est, io quo cuilibet ex populo jus est agendi, et quod ex lege publica descendit, ut inferius *tit. de publ. jud.* habebimus. Tu vide A. Matthaeum, *disp.* 1. *de judic. th.* 6. De privatis criminibos agitur aut civiliter aut criminaliter, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt.* civiliter, ad commodom pecuniarium actori applicandum, criminaliter, ad coercitionem corporis vel mulctam fisco applicandam. A. Matth. *d. disp.* 1. *th.* 4. Si quaeratur, concursus horum judiciorum electivus sit an cumulativus, hoc est, an post civile judicium de privato delicto adhuc criminaliter agi possit; dicendom, nec in contractibus neque in maleficiis actionibusque inde oriundis unquam faciendum esse, ut idem bis exigatur; nam poena nihil est aliud quam aestimatio delicti, quae bis praestari nequit. *l.* 41. *in f. de poen.* Igitur cum quis civiliter delicti poenam expetiit, idem criminaliter experiri non potest, nec vice versa; sed alternative procedendum, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt.* adde *l.* 7. §. 1. *de injur.* et inprimis *l.* 56. §. 1. *de Furt.* In concursu privati publicique delicti secus esse docet ratio, siquidem ea diversis personis dantur; idemque textus *in l. un. C. Quando civil. act. crimin. praejudic.* * Quod si plura delicta in uno facto sint, tum sine

(a) *Pos.* 1. *et seqq.*

* Ex qua lege Doctores inferunt condictioni furtivae locum esse, licet fur laqueo punitus sit Richt. p. 2 *decis.* 96 *n.* 14. Strov. *Jurisprud. For. L.* 3 tit. 25. §. 7. Finckelthus. *Obs.* 59. Brunnem. *ad l.* 7. *ff. de cond. furt. n.* 8. Sed in Electorali Saxonia secus obtinuit, obi condictio furtiva tunc demom concedebatur, si fur poena capitali aut corporis afflictiva non afficeretur, aut ante executionem supplicii in carcere decesserit, vid. Carpz. *p.* 4. *C.* 32. *Def.* 23 et *Prax. Crim. qu.* 80 *n.* 110 *seqq.* Quam sententiam confirmavit *Decis. El* 86. ubi vid. Philip. *Observ.* 2. Noviori tamen *Mandato Regwegen geschw. Exequi ung derer Rauber und Diebe. d.* 1719 *d.* 27. *Jul.* §. *wir. wollen.* heredibus furis laqueo suffocati injunctum, ut laeso surreptarum rerum, licet in natura non amplius existant, pretium, idque jurejurando pro re nata indicatum, ex bonis a fure relictis praestent, simulque inquisitionis expensas, quas vel magistratus, vel pro locorum diversitate, subditi hactenus tulerunt, restituant. conf. Lud. Menchen. *Dissert. de reo ejusque herede, ex delicto corporis afflictivam poenam merente, ad ablatorum expensarumque restitutionem obligato. Lips. an.* 1723 *hab.*

dubio concursus est cumulativus, *l.* 2. *pr. et* §. 1. *de privat. delict.* Quid igitur, quod in *l.* 53. *pr. de O. et A.* habemus, sibi vult? *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti, probatum est.* Necesse dictu est, plura delicta in una re esse illic, *in uno facto plures e delicto actiones*, ut apparet ex verbis sequentibus dicti pr. *Nam*, ait, *si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus, utendum est.* Exemplum, quo hoc illustrare queas, pete sis ex *Pos.* 1. *tit. ff. Arborum furt. caesar.* (1) Caeterum in his titulis agitur de civili genere actionis.

2. (b) Furtum definitur in §. 1. *Contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.* Ubi genus ponitur *contrectatio*, sine qua furtum non intelligitur: nam qui dumtaxat inficiatur, rem ex gr. depositam vel commodatam esse penes se, ille fur nondum est, sed tum demum, ubi contrectavit eam atque seposuit *l.* 67. *pr. de Furt.* (2) Nam contrectare hic est loco movere et auferre, *l.* 3. §. 18. *de Adquir. vel amitt. poss. l. ult. de Cond. furt. l.* 3. *de Act. rer. amot.* ut ne quidem ingressio in aedes furandi causa facta furtum sit *l.* 21. §. 7. *de Furt.* Contrectatio non facit furem, nisi res domino interversa sit, ut eleganti exemplo docet Alfenus in *l.* 57. *de Furt.* qualis interversio in hoc quoque intelligitur, si quis scripturam alterius lucri faciendi animo deleverit, *l.* 41. §. 1. *ad L. Aquil.* item in usu rei commodatae vel depositae. §. 6. *h.* Unde Wissenbachius noster *ff. de Furt. th.* 2. probari putat, contrectationem in definitione Furti non significare amotionem; hoc saltem monstrat, aliquem furti posse teneri sine ablatione, ut susceptores furum rerumque furtivarum, ex *l.* 48. §. 1. *de Furt. et l.* 14. *C. eod.* §. 4. *h.* non tamen aliter, quam si facta sit contrectatio *l.* 52. §. 19. *de Furt.* In furto usus, quemadmodum illic furti proprietas minus evidens est, ita quoque ablationem non consistere in amovenda re ipsa, sed interversione usus, ultro liquet. Quo sensu fur solo proposito aestimetur, videsis in *l.* 174. *et l.* 225. *de V. S.*

Dicitur *fraudulosa* contrectatio FURTUM et lucri faciendi animo facta; nam si fiat contumeliae causa, ut cum alicui pileus vel gladius aufertur, tum non est furtum, sed injuria, *l.* 39. *et l.* 53. *ad L. Aquil.* Theophilus non vertit utramque qualitatem, *fraudulosa et lucri faciendi gratia*, sed priorem dumtaxat, κακίστη ψηλάφησις, *pessima contrectatio*, inquit; nihil tamen mutandum; fraudulosa vocatur, generali ratione, quod in omni delicto, extra casum Legis Aquiliae, dolus requiritur, *l.* 53. *pr. de Furt.* nec tamen ad furis proprietatem fraus quaelibet sufficit, sed accedere oportet lucri faciendi scopum, ut modo diximus. Proinde quod *in l.* 27. §. *ult. eod.* is, qui tabulas amovit seu interlevit, furti etiam tenetur, ita accipiendum, ut lucri causam habuerit, alioqui de damno injuria dato tenetur. *d. l.* 41. §. 1. *et l. sequ.* Id vero nihil mutat, quod is, qui saccum habentem pecuniam surripit, furti etiam sacci nomine tenetur, quamvis non sit ei animus sacci surripiendi. *l.* 71. *de Furt.* Equidem non fuit ei haec mens, ut saccum sine pecunia cleperet, attamen propter nummos etiam saccum voluit. Nihil etiam vetat, cum lucrandi animo aliam concurrere causam, veluti inimicitiae, *in l.* 50. §. 1. *de Furt.* aut libidinis, *in l.* 82. §. 2. *eod.* nam qui solam habet libidinis causam, fur non est, *l.* 39. *eod.* quanquam et alia istic differentia apparet inter ancillam meretricem et non meretricem.

Scholium.

D. l. 82. et d. l. 39. *explicui ex professo* ad *Strauch.* XIX. 5. p. 213. et multis seqq. *ostendique, nec hanc conciliationem nec alias communes Dd. quadrare ad mentem JCtorum, sed revera dissensum inter Ulpianum et Paulum fuisse.*

Responsio.

Notas ad Strauchium videat qui habet. Ego si nulla disperatior esset ἀντινομία, *parvo redemptum darem honorem Artis.*

N. Addit.

Habuit vero Autor notas ad Strauchium cum scriberet responsiones ad scholia positionibus Pandectarum adjecta. Et tamen noluit parvo redemptum dare honorem artis. Quamvis nesciam, an honor Arti auferatur, si quis statuat, dari antinomias in legibus Pauli et Ulpiani, quas nec Autor semper negat. Interim cum illa meditatio nostra de hac antinomia explicationem plurium legum contineat, non alienum a scopo harum additionum novarum esse duxi, si

(b) *Pos.* 6. *et seqq.*

(1) *De concursu actionum poenalium ac mixtarum, latius Auctor in fin.* tit. 6. de action. *Confer tamen Joseph. Averan. interpret.* lib. 3. capp. 14 et 15.
(2) *Confer Chesii interpret.* lib. 1. cap. 30. *item Averan. interpret.* lib. 1. cap. 28.

eamdem in gratiam eorum, qui notas Strauchii non habent, integram apponam. Sed quia nimis prolixa est, adjici eam curavi ad finem tractatus.

Item si quis in vitae periculo coostitutus, iovito domino rem alinnam contrectet, illo fur non est, quia non habet animum lucri faciendi, sed vitam conservandi, ideoque ad restituendum id quod interest dumtaxat tenetur, *cap.* 3. *X. de Furt.* ubi modicen poceare dicitur, nisi restituerit; quo facto prorsus noo peccat, ut nequidem jejunii, poenitentiae causa damnetur. Eaque est communis Dd. sententia, cujus ratio, recte a tacito generis humani consensu peti videtur, a quo etiam divisio distioctioque dominiorum maxime profecta est; at non adeo peremptorio, ut ad exitium membri ipsius humanae societatis durare debeat: quia tamen pro certo dumtaxat statu indigentiae hoc jus vigere intelligitur, tali animo fieri debet, ut dein, si facultas dabitur, pretium restituatur. Grot. 2. *de J. B. et P. c. 2. n.* 6. Dissent. Voetius *Comment. ad h. t.* §. 1. *n.* 2. (3) Feudistae et hoc addunt, licere viatori equum suum gramine vicino pascere atque reficere, *l.* 2. *Feud. tit. de pace ten.* §. *ult.* quod de essu necessitatis intellectum aeque justum erit ac alterum. Nec qui fruges in agro commodit ad satietatem, modo nihil auferat nec falcem immittat, lucrum facit. *Deuteron.* 23. *v. pen. et ult.* nec multo secus Plato de *LL.* 8. Caeterum, qui nummos e re sua a fure vendita redactos ei excussit, is furti teneatur, etsi animus lucri faciendi abesse videatur (*) *l.* 38. §. 2. *de Nox. act. et l.* 47. §. *f. de Furt.*

Scholium.

(*) *Sed videtur saltem obesse. Adest enim perinde, ac si quis Titio centum thaleros debenti centum thaleros auferat, lucratur enim hic fur ambages, quibus alias in actione fuisset opus.*

Responsio.

Hoc immerito lucrum appelles fraudulentum, quod ambages litium fugitet. Dic potius, in eo lucrum esse, quod pecuniam ex re furtiva redactam auferens, furti actionem et condictionem retinet.

N. Addit.

Ego vero non video, cur in praesenti casu istud lucrum non debeat fraudulentum appellari, etiamsi quis eo ambages litium fugitet. Omne enim id fraudulentum est, quod fit illicito modo. Et ambages litium etiam illicito modo fugitare quis potest? Quid si enim quis adversarium in lite eo fine interficiat? Deinde correctio Autoris parum ad rem facit, quia furis actio furti et condictio, quam eum retinere dicit Autor, eliditur per exceptionem aut doli mali aut compensationis pro quantitate nummorum excussorum. Nihil autem interest ipso jure quis actionem non habeat, an ope exceptionis elidatur.

(c) Ratione objecti differentia furti in definitione triplex insinuatur. *Primo* rei ipsius. *Secundo* furtum usus, de quo infra §. 6. *Tertio* furtum possessionis, de quo *in* §. 10. Rei mentio simpliciter fit in definitione furti, non expresso mobilis sit an immobilis, corporalis aut incorporalis; nec quidem rem alienam esse debere exprimitur: At hoc ultimum per se quidem intelligitur, nec enim lucri faciendi fraudandique animus in rebus propriis exercetur. Qualitas vero, *mobilis*, jure meliori exigebatur; nam immobilium rerum non committi furtum certissimi quidem juris est, at non indigni memoratu. §. 7. *sub fin. vers. abolita est enim. Inst. de usucap.* Ita quidem est, sed in definitione necesse non erat omnia subjecti requisita collocari; sufficit talem esse, ut ex ea definiti natura ab aliis omnibus rebus distingui possit; denique vox *contrectatio* non obscure hoc requisitum indicat. Nam contrectare est rem loco movere, ut modo probavimus in hac definitione verbum hoc esse accipiendum. Nam quid aliud est contrectare, quam rem alienam intercipiendi causa amovere, ut loquitur Justinianus *in* §. 4. *h. t.* Ita Brisson. *de V. S. in voce Contrectare.* Sequitur in definitione, *Rei ipsius*, modicae, ut gallinae columbaeve furtum fieri, diximus *supr. de R. D. ad pos.* 46. non tamen ut criminaliter puniendus sit; praesidis est perpendere, delinquentes publice plectendi an ad jus ordinarium remittendi sint, *l.* 56. §. 1. *de furt. l.* 1. *de fur. baln. l.* 1. §. 1. *et l. ult. de Extraord. crim.* eaque est notissima praxis, aequitate et vigore publicae disciplinae ita postulante. (4) Rerum immobilium non posse furtum committi, diximus. Sed hominis liberi furtum memoratur *in* §. 9. *h.* quatenus ex lege Quiritium

(c) *Pos.* 11. *et seqq.*

(3) *Dissentit quoque Henr. De Coccejie in comment. ad Grotium loc. cit. sed sententiam Grotii solidis rationibus probat Hein. in praelect. ad Grotium.*

(4) *Licet rei etiam minimae furtum fiat, cum tamen ob infamiae notam gravior sit furti condemnatio, quam ut ob rem minimam obtinere videatur posse, furti actionem eo nomine non esse dandam, sed in factum agendum, recte observat vir Ampliss. Corn. van. Bynchershoek. observat.* lib. 8. cap. 3. *multo minus itaque eo nomine criminaliter puniendus erit, ut latius probat Auctor* n. 5 h. t.

liberi, sicut servi, in dominio patrum erant, *l.* 1. §. 2. *de R. V.* sed agitur in duplum ejus quod intersit patris, *d.* §. 9. non liberi corporis, quod inaestimabile est, *l.* t. §. 6. *de his qui effuder.*

Vel usus ejus; Furtum usus committitur ab eo, qui re deposita vel commodata * suo commodo aliter quam convenit utitur; nisi constet, animum lucri faciendi abesse. §. 6. *et* 7. *h. Possessionisve*; furtum possessionis facit debitor, rem a se oppignoratam creditori surripiens, §. 10. *h.* ubi id furtum rei suae dicitur; non tamen *qua suae*, sed quatenus alii jus in ea re comparatum est, creditori scilicet jus possessionis. Etiam debitor, qui hypothecam specialem alii obligatam, licet ipse eam possideat, vendit, furti reus est, *l.* 66. *d. t. de furt.* sed de hoc casu plus dubii est; quia res non eripitur; ideo ad stellionatum refertur in *l.* 3. §. 1. *Stellion.* Non est additum definitioni, *invito domino*; tamen hoc intelligitur; nam volenti non fit furtum, §. 8. *in pr. h.* vel saltem agi non potest furti, l. 46. §. *pen. de Furt.* licet eripiens putet invito fieri, *dd. ll.* aliud est, si dominus consenserit, non ut furi indulgeret, sed ut eum deprehenderet. Exemplum vide in *d.* §. 8. quod infra subnectetur.

Verba ultima definitionis, *quod jure naturali prohibitum est admittere*; dubium hoc recipiunt, qui furtum, quod est violatio dominii, jure naturae vetitum esse queat, cum dominia jure gentium demum introducta sint; quasi contradictio sit, dominium statuere juris gentium, et furtum quo dominium violatur, jure naturae esse vetitum. Responsio certa est; nequaquam sequi, Jus Naturae de aliqua re praecipit; ergo illa res fuit in primo statu Naturalium rerum. Jus Naturae cunctas societatis humanae actiones morali praescripto regit, quamdiu illa durat. Grotii verbis *l.* 1. c. 1. §. 10. *Sciendum, Jus naturale non de iis tantum agere, quae citra voluntatem humanam existunt, sed de multis etiam, quae voluntatis humanae actum consequuntur. Dominium, quale nunc in usu est, voluntas humana introduxit, ut eo introducto, nefas mihi esse id arripere te invito, quod tui est dominii, ipsum indicat Jus naturale.* Non sequitur igitur, Furtum jure naturali est prohibitum et hoc hominibus congenitum est. Est. et distinctio dominiorum, simul ac inter homines nata et fundata est. Confundit, si quis ita loquitur, Naturae jus cum statu Naturae. Jus naturae est dictamen rationis, hoc vetat aliena rapi, quandocunque aliorum sint facta, multoque patet latius quam status ille primus. De furtis quod Ægiptios et Lacedaemonios permissis, vid. Vinn. *h.* et si libet Gell. *lib. XI.* c. 18. Adde sis quod D. Thomasius habet.

S c h o l i u m.

Neganda est veritas illationis; adulterium est Jure naturae prohibitum, quamvis demum in liberis Adami ejus exemplum existere potuerit. Nec obstat, quod integrae gentes furtum admiserint, ut Lacedaemonii, ut Ægyptii. Praeterquam enim quod a negatione obsequii ad negationem obligationis non recte inferatur, tentari posset, an non propter dominium eminens, quod respublica habet in bona subditorum, illae ablationes permissae apud Lacedaemonios et Ægyptios a furti infamia liberari queant.

Responsio.

Valeat exemplum Adami liberorum. De dominio eminente nimis longe quaesita ratio esse videtur et longioris explicationis.

N. A d d i t.

Omittam etiam, in gratiam Autoris, terminum dominii eminentis, et breviore explicatione rem declaro. Furta illa Lacedaemoniorum et Ægyptiorum erant introducta lege scripta ad utilitatem publicam, ad excitandam nempe vigilantiam dominorum in defendendis et custodiendis rebus suis, et solertiam civium in decipiendis hostibus. Si tales leges fiant in Democratia consensu communi, tum furta illa non fiunt invitis dominis. Si in rep. Monarchica, ideo non erunt furta, quia quod fures ita retinent, aufertur dominis a legislatore in poenam negligentiae. Cape exemplum. Si Titius cum Seja sic paciscatur: Donabo tibi hanc supellectilem, si eam possis ex aedibus meis auferre, ita ut nec ego nec domestici mei sentiant. Sed si deprehendam te, dabis mihi poenas. Quis dubitet eam ablationem haud esse furtum!

* Nec dubium est, quin hodie adversus eum, qui rem commodatam aut depositam furtive contrectavit, inquisitio suscipi queat; Jus Saxonicum tamen non patitur eos, ad quos res ex contractu vel quasi contractu pervenit, ordinario supplicio affici, sed extraordinariae saltim et arbitrariae coercitioni locum relinquit, *a L. R. I.* 3. *art.* 22. *l.* 3. *a* 29. Carpz. *p.* 4. *C.* 41. *Def.* 1. Unde Jure Saxon. Communi Tabularius quoque, qui pecuniam fidei suae commissam furatus est, non nisi relegatione aut fustigatione punitur, Carpzov. l. c. *def.* 11. Sed in Electorali Saxonia, si summam 20. florenorum furto abstulerit, vel fraudulenter in usus suos converterit, laquei supplicio afficitur *P.* 4. *C. El.* 41. §. *f.* ubi vid. Carpzov. *def.* 9. Moller. *ad eamd. n.* 7. *et semestr. l.* 4. c. 2. Schultz *Syn. Inst. h. t. lit. M.*

3. (d) Divisio furti est in maoifestum et io nec manifestum. * *Prius* dieitur, quando fur cum re furtiva est deprehensus antequam rem tulisset quo destioaverat. Deprehensus autem videtur, cum saltem elamore aut iodicio detectus fuit, quamvis non sit apprehensus. Nec manifestum dicitor, quaodo non est ita deprehensus. §. 3. *h. et l.* 3. §. 2. *et ll. seqq. de Furtis.* Multo magis igitur, si *αὐτοφώρῳ in ipso flagranti faeinore, vel in eodem loco*, ubi res surrepta est, fuerit deprehensus §. 3. *h. t.* Justinianus *in d.* §. 3. *h.* furem manifestum ait esse *qui visus vel deprehensus sit.* Sufficitoe igitur sola visio? Non sufficere, doeet JC. io *l.* 7. §. 1. *de Furt.* ideoque nonnulli particulam *vel* conjunetivam, aut saltem exegetiram esse voluot, ut usurpari videtur *in l. pen. C. de pignor. act. l.* 2. *C. de nav. non excus. l.* 4. *C. de V. et R. S. arg. l.* 53. *de V. S.* Theophilus disjunetim vertit, *ἑωσότου ἢ ὀφθῇ ἢ συσχεθῇ, quousque aut visus aut apprehensus sit*, forte sic eapienda verba, sufficere visiooem, noo requiri depreheosionem: at visionem non otiosam, uti eum quis furem videos prae metu non audet mutire; sed talem, quae cum apprehensionis conatu juncta sit, et clamore accursuque sit contestata; ut recte colligitur ex *d. l.* 7. §. 1. *h. t.* qualem exemplo Virgiliano *Cujacius* illustravit.

Nonne ego te vidi Damonis, pessime, caprum
Excipere insidiis, multum latrante Lycisca?
Et cum clamarem, quo nunc se proripit ille?
Tityre, coge pecus. Tu post carecta latebas?

Non potuit igitur simpliciter dieere Caesar, *deprehensus*, quia deprehensio non est necessaria, nec simplieiter *visus*, quia nec hoe sufficiebat, sed deprehensionem visionemque conjuoxit, ut aliquid ex utroque requiri significaret.

4. (e) Est et alia quadruplex divisio *in* §. 4. *h.* nempe Concepti, Oblati, Prohibiti, et noo Exhibiti furti: sed hae species abierunt in desuetudinem, de quibus sufficit videre textum. Noo fuerunt hae, proprie loquendo, furtorum species, sed aetiones occasiooe furti apud veteres Romaoos introductae. Nam actio furti concepti ** dabatur adversus eum, apud quem res furtiva, testibus praesentibus, iovenia erat, etsi fur non erat, ut *hic* est scriptum: et ex specie sequenti, quod oblatum furtum dieitur, et priori cohaeret, intelligi potest: Nam haec actio dabatur ei apud quem res in praesentia testium erat deprehensa, adversus eum, qui hoc animo rem obtulerat, ut apud illum alterum potius quam apud se deprehenderetur. Utramque actionem, tam concepti quam oblati, in triplum fuisse conceptam, Gellius auctor est *in lib. XI. Noct. Att. cap.* 18. quam tamen ratio non fert, ut de alio, quam qui scivit rem esse furtivam, accipiamus: sane quin is, qui rem furtivam hac mente mihimet obtulit, ut apud me inveniretur, injuriarum quoque teneatur, non est dubitaodum, cum mihi *tantum dedecus addere καὶ αἰσχημοσύνην περιτεθῆναι*, voluerit, ut Theophilus. Siquidem actiones furti prohibiti et non exhibiti, quae in eos, qui rem furtivam quaeri prohibuerant vel exhibere noluerant proditae fuere, ab eodem furto concepto pendebant, sive ab ritu quaerendi rem furtivam, qui olim cum lance et licio fieri dicebatur, de quo vid. Alex. ab Alex. 6. *Genial. dier. X.* Turneb. 30. *advers.* 23. Vinnium *in commen. ad hunc* §. 4. (5) Hodie, vetustis illis actionibus abolitis, manifestum est, inquit Imp. in *fin.* §. 4. quod omnes, qui scieotes rem furtivam susceperunt et celaverunt, furti nec manifesti actioni sunt obnoxii: sane inquisitio rei furtivae, ob graves praesumptiones, auctoritate publica ne hodie quidem inusitata est. Vinn. *ad d.* §. 4. *καὶ ταῦτα μὲν ταῦτα.* Vera divisio furti est, quam modo diximus.

5. (f) Poena furti manifesti quadruplum, sed nec manifesti duplum sancitur. §. 5. *h. t.* Potest tamen et eriminaliter, ut ante dictum, agi *l. ult. de furt.* An etiam de re modica, veluti de gallina, de ovo, columba surrepta? Sic valde vult Cl. Wissenbach. *disp. ad Inst.* 9. *th.* 2. et *ad Pandect.* 4. *disp.* 29. *th.* 12. laudans

(d) *Pos.* 18. (e) *Pos.* 19. *et seqq.* (f) *Pos.* 23. *et* 24.

(5) *Quibus adde Hein. Antiquit Roman.* lib. 4. h. t. *item Abrah Wieling. in libro singulari* de furto per lancem et licium concepto *Joann. van. de Water observat.* lib. 2. cap. 1. *et Joseph. Averan. interpret.* lib. 1. cap. 26.

* Hujus divisioois Jure hodierno inprimis in foro Saxonico, nullam amplius rationem haberi, asserit Carpz. *Pr. Crim. quaest.* 78. *n.* 8. et Berlich. *part.* 5. *Concl.* 43 *n.* 68. *Philip. Us. Pr. Inst. L.* 4. *Eclog.* 1. quod admitti potest, quoad criminalem utriusque coercitionem, cum manifesta non severius, quam furta non manifesta coerceantur, alias enim, cum ipsa *Ordinat. Crim. art.* 157. hujus distinctionis usum agnoscat, quoad actionem Civilem utriusque differentia nec apud nos sublata esse videtur, add. Berlich. *d. l. n.* 2.

** Loco illius hodie in aedibus alienis rerum furtivarum perquisitio, *die Haussuchung*, urgentibus indiciis autoritate magistratus suscipi solet, atque is, apud quem res furtiva deprehenditur, pro circumstantiarum ratione in furti suspicionem incidit. *Weichb.* art. 90.

D. A. Matthae. *Comment. ad tit. de Furt. c.* 2. dissentientibus communiter omnibus. (g) Nec mirum; haud enim scio, an quidquam alienius a prudentia juris statui possit, quam de ovo gallinave surrepta extra ordinem criminaliter agi. Scriptum est quidem in *l. ult. de priv. del. et l. ult. de Furt.* posse utroque modo procedi: sed quis sana ratione utens dubitet jus dicentis officio contineri, ut animadvertat, sitne res tanti, ut extraordinaria accusatio admittenda videatur? Probat hoc manifesto *l.* 56. §. 1. *de Furt. l. 2. de furib. balnear.* ubi, qui de Furtis minus atrocibus extra ordinem agere volunt, ad jus ordinarium remittuntur; et sub *tit. de extraordinariis criminibus, l.* 1. §. 2. tantum de atrocioribus injuriis, in quas graviter animadverti solet, agitur; Atque hoc cum hodierna praxi omni die consentit. Porro, etsi jure Civili criminaliter de furto agi potest, minime tamen usque ad membri amputationem, quae plane prohibita est, adsurgit. *Auth. sed novo jure. C. de serv. fugit. Nov.* 134. *c.* 13. Poena capitalis * furti, nimis atrox esse videtur, ideoque neo civili, nec divino jure c. 3. *Exod. c.* 5. *Deut.* probata; tametsi olim poena furti in servis ultimum fuerit supplicium, praecipitatio scilicet e Saxo Tarpejo; adversus liberos homines, addictio in servitutem ejus cui furtum erat factum. Gell. *lib.* 11. *c.* 18. (6) Haec utique de simplici furto sic arbitramur: non esse proportionem inter hoc delictum et capitale supplicium aut membri abscissionem.

S c h o l i u m.

Imo satis congruit, modo notes, non quaerendam esse proportionem inter poenam et objectum delicti, sed inter poenam et delictum ipsum, seu proaeresin peccandi.

Responsio.

Atqui delictum et proaeresis, ut gravitatem maleficii aestimes, e materia delicti juridice colligi debet, quatenus per eam societas communis laeditur. Nulla igitur inde proportionis diversitas.

N. A u d i t.

Etsi gravitas delicti quandoque etiam ex materia seu objecto delicti aestimetur, id tamen non semper fit, nec unice. Id vero quatenus per eam societas communis laeditur, *parum congrue dictum est. Nam per objectum seu materiam delicti non laeditur societas communis, objectum enim est res innocens, sed per ipsum delictum. Deinde laesio haec societatis communis, est forma delicti aut effectus, non materia seu objectum. Gravitatem autem delicti non unice aestimari ex objecto, patet vel exemplo poenarum militarium: somnus vigilum capitalis est etc.*

Locum generalem, an poenae juris Mosaïci et quatenus augeri possint, de quo disputat Sandius noster, *l.* 5. *tit.* 9. *defin.* 1. heic non attingimus, uti nec reliquas furtorum species eorumque poenas, de quibus in *lib.* 47. *ff. post titul. de extraordin. criminibus.*

6. Porro furtum non modo fit eripiendo, auferendoque, sed quolibet modo contrectando intervertendoque, ut antea definivimus, praeter domini voluntatem. Hinc commodatorius aliter utens re commodata, quam convenerat, fur est; Creditor et depositarius, ullo modo pignere vel deposito utentes, rei sunt furti, *l.* 54. *l.* 56. *de furt. et l. 7. C. eod.* ratione non obscura; quod depositarius custodiae causa fidem gratis obligavit, et creditor securitatis ergo dumtaxat acceperit pignus; qui etiam, si rem commodatam pignoratamque aliis utendam dederint, proditum est, eos furti poenam tenere, licet gratis eam dederint animusque ita lucri faciendi abesse videatur: etenim pro lucri specie merito habendum est, ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi accipere, *l.* 54. §. 1. exemplis hoc illustratum vide *in* §. 6. *h. t. l.* 5. §. 8. *commod. et l.* 40. *de furt.* Gell. *lib.* 7. *c.* 15. et Valer. Max. *l.* 9. *c.* 2. §. *ult.* Quibus locis est, quod verecundiam prisci seculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur; veluti, cum ut fur damnatus est, qui equo, cujus usus illi usque ad Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clive vectus erat: necessaria tamen est limitatio, nisi quatenus hi omnes animum habeant domino ex hac causa satisfaciendi, aut putent eo non invito fieri, quod faciunt, §. 6. *et* 7. *h. t. tit.* utcumque in eo fortassis errent; sufficit enim abesse malum consilium. *l.* 46. §. 7. *de furt.* Ite Symmachus *lib.* 7.

(g) *Pos.* 11.

(6) *Conferri hic merentur Corn. van Bynkershoek observat.* lib. 3. cap. 16. et *Joseph. Averan. interpret.* lib. 1. cap. 25.

* In Saxonia Et. poena furis est laqueus, si furtim contrectatae rei verum pretium summam 12. thal. et 12. grossor. excedit. *Raub.* Mandat. *d.* 1719 *5. Wir. wollen.* Hoc tandem mandato certa 5. Ducatorum in Ordin. Crimin. notatorum aestimatio inducta fuit, cum antea in illorum computatione Dicasteria variarent. Laquei poenam furibus infligendam postea remisit *Rescr. Reg.* d. 1720 12. *Apr.* cum fur res furtivas aut illarum pretium restituit, vel alius donandi animo pro eo praestitit. Quod etiam operatur remissio ab eo facta, cui res surreptae erant, juxta *Rescr. d.* 1720. *d.* 26. *Aug.*

epist. 69. imputat amieo suo, ultroque fiduciae suae gratiam aperat, quod jumenta commodata demoratus erat.

7. (h) Volenti Domino non fit furtum, tametsi tu animum furandi habeas, *in* §. 8. *h. t.* vel potius furtum fit, sed aetio furti oon datur ut scribit Pompooius in *l.* 46. §. *pen. de furt.* conscientia quidem furis malitiae obligatur, coramque Deo vere furti reus est, qui rem alienam fraudandi et lucri faeendi aoimo abstulit, ipsa tamen delicti substantia et quasi corpus, ut ita loquar, oon extat, ubi domino volente res contrectata est. Facit huc, quod Cicero *l.* 3. *off.* scribit. *Aliter*, inquit, *leges*, *aliter Philosophi tollunt astutias: leges, quatenus manu res tenere possunt*, *Philosophi*, *quatenus ratione et intelligentia*. Alioqui theologice crimina meote nos metiri oportere, oon est dubitaodum, licet actu non adsumpto. *Matth.* 5. *v.* 28. *Rom.* 7. *v.* 7. *Proverb.* 24. *v.* 8. Moechus est apud Dei tribunal, qui hoe egit, ut alieoam matremfam. corrumperet, *d. c. Matth.* 5. Lege tameo Julia nequaquam reus est, quatenus eogitationis poeoam nemo patitur, ait *l.* 18. *de poen.* Potest tamen fieri, ut ob exquisitam improbitatem, eonatus delinquendi puniatur, cujusmodi easus est *in* §. 8. *h. t.* sumptus ex *l.* 20. *C. de furt.* ubi quis etiam reus et furti et servi corrupti fit, tametsi neo invito Domino res sit surrepta, servusque frugi manserit. Species haeo est; tu servo meo suaseras uti res meas ad te deferret. Is autem mihi fraudem aperiens, me auctore, quasdam meas res domum tuam deportavit easque ego apud te deprehendi. Neque tamen putaodum, hic nudum puniri eonatum, cum actus vere adsumptus et exercitus fuerit, etsi alio, ao ipse putabat, effectu. Et quidem hae actiones noa post alteram dantur, quia licet idem sit factum, distiocta tamen delicta esse apparet, *d.* §. 8. *h.* bis igitur dupli reus hic condemnatur, furti semel, iterum servi eorrupti, quae in duplum scripta est. *l.* 1. *de serv. corr.*

8. (i) Quid vero est boc paradoxi, quod in §. 9. habetur, hominis liberi furtum posse fieri? Cum tralatitium sit, hominis liberi nullam posse dari aestimatiooem, *l.* 1. §. 5. *de his, qui effud. vel dejec. et l.* 3. *Si quadrup. pauper.* scilicet ipse liber homo noa potest aestimari, verum id quod interest Patris, qui caruit operis filii, duplicatur, idque a fure praestatur: solus autem pater habet furti actionem ratione patriae potestatis; mater aliaeque personae nullum habent quam publicum de plagio judicium. *l.* 38. *de Furt. l. ult. C. ad Leg. Fab. de plag.* Referendum hoc est ad antiqoum jus patriae potestatis, quo filius non minus erat in ditiooe Patris, quam servus sub Domino, ut non modo jus vitae necisque sed etiam veodendi liberam haberet potestatem, imo etiam ter vendeodi, ut diximus *lib.* 1. *tit.* 9. *n.* 2. et probat Raevardus *tract. ad L. XII. tab.* c. 3. (7)

9. (k) Est et alterum ἀπροσδόκητον. Nam rei propriae dicitur fieri posse furtum in §. 10. Nihilo enim magis hoe fieri posse videtur, quam ut sibi quis ipse injuriam faciat, qua de re Aristoteles *l.* 5. *Ethic. ad Nicom.* c. 5. ubi, μοιχεύει δὲ οὐδεὶς τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα, οὐδὲ τοιχωρυχεῖ τὸν ἑαυτοῦ τοῖχον, οὐδὲ κλέπτει τὰ ἑαυτοῦ *Nemo suam ipsius uxorem adulterat, neque suum parietem perfodit, neque res suas furatur.* Facilis est conciliatio; Fit furtum rei propriae non qua proprioe, sed quatenus alii jus in ea re est constitutum; Veluti, cum debitor creditori rem pignoratam surripit; nam ratione domioii, quod est debitoris, non potest committi furtum; sed possessionis, quae creditoris est, furtum fit revera. Ergo rectius dicitur furtum in re propria, quam rei propriae committi. *l.* 12. §. 2. *de furt.* Paul. 3. *sent.* 31. §. 16.

10. (l) Sequitur quando, et quibus actio furti detur; ubi primo notandum, aliquando furti actionem dari ubi furtum non est factum, et contra negari quaodoque furti actionem, ubi revera furtum extat. Prius Exempl. est *in* §. 11. Cujus ope et consilio furtum est factum, * ille fur noo est, quia non contrectavit, attamen actione furti tenetur: exempla petantur e textu,

(h) *Pos.* 16. (i) *Pos.* 13. (k) *Pos.* 15. (l) *Pos.* 25. *et seqq.*

(7) *Confer hic Hein. in not. ad Vinn. ad.* h. t. § 2.

* Jure Saxooico Electorali, qui solum furandi consilium praestitit, arbitrarie punitur *P.* 2. *C. El.* 40. Phil. *Us. Pr. Instit. lib.* 4. *Ecl.* 6. *n.* 4. Carpz. *Prax crim. qu.* 87. *n.* 6. *n.* 23. *seq.* qui vero consilium et opem, aut opem tantom, in ipso furto adhibuit, (e. g. si scalas fenestris supposuerit, aut in excubiis steterit) ordinaria poena furum coercetur, si de lucro participaverit. *d. C. El.* ibique Carpzov. *def.* 2. Philipp. *l. c. n.* 7 adde *Land. R. L.* 2. *art.* 13. Ast qui ante furtum, aut sa commisso demum, operam praestitit, extraordinaria poena afficitur, Carpzov. *l. c. def.* 3. Hac etiam coercendi sunt receptatores, aut occultatores furum et rerum abreptarum. Ac licet in eos, *die Hecler und. Dieben-Wirthe*, in *Mandat. d.* 1719. poena ordioaria, quamvis nihil participaverint, statuta fuerat, oovius tamen *rescriptum d. an.* 1720 *d.* 17. *Sept.* id correxit, atque nominatos receptatores laquei supplicio solum subjecit, cum ex rebus ablatis summa 12. thal. totidemque grossorum ad eos pervenit.

ibique Theoph. Verba autem *ope et consilio*, separatim accipiuntur, ita ut alterutrum sufficiat, nisi consilium fuerit in genere dumtaxat ac potius hortamentum. *d.* §. 11. *l.* 53. §. *ult. D. d. V. S. l.* 50. §. *penult. in pr. et l.* 52. *pr. et* §. 19. *de Furt.* Tim. Fab. *disp. anniv.* 26. *th.* 4. Si dolus abfuerit et per lasciviam contingat aliquem furti causam praebere, in eum prodita est actio in factum praetoris. *d.* §. 11. *et l.* 50. §. *ult. de furt.* Alterum est *in* §. 12. Filiusfam. patri suo * et servus Domino rem surripientes, faciunt furtum et tamen furti actione conveniri nequeunt, quia inter patrem et filiumfam. dominosque et servos lis nulla, nedum famosa, verti potest. *l.* 4. *D. de Judiciis.* Ubi exceptio, nisi filiusfam. habeat castrense peculium, *l.* 52. §. 5. *de Furt.* ut tamen existimationi illius parcatur; ideoque verbis temperanda erit actio, ut bonae fidei mentio fiat, adeoque erit in factum, *l.* 11. §. 1. *de dol. mal.* habeatque Pater et Dominus privatae jus animadversionis *l.* 17. *de Furt.* Inter conjuges quoque ob honorem matrimonii non esse furti actionem, etsi furtum sibi mutuo facere possint, e tit. ff. *Rerum amotarum.* satis constat. In nostros hodie famulos ** competere actionem furti, non est dubitandum.

11. Datur autem actio furti illis quorum interest ratione custodiae, licet non sint domini, § 13. *h.* ἐνλυπεῖ ἡ γενομένη κλοπὴ, ait Theoph. *quem furtum factum tristitia sive damno afficit.* Hinc pignore surrepto, furti actio datur creditori potius quam debitori, quia creditoris interest dumtaxat; tenetur enim debitori ad pignus restituendum; scilicet, si per levem culpam ipsius fuerit surreptum, *l.* 14. §. 12. *de furt.* imo licet culpa ejus absit, ex ratione §. 14. *h. l.* 12. §. *ult. de furt.* quod expediat ei pignori potius incumbere, quam in personam agere; ex quo sequitur, eum furti agere posse, cum et ipse dominus rem surripuit; furti possessionis, inquam, *d.* §. 14. *in fin. h. t.* Sic etiam, si fulloni, de quo vid. *l.* 12. *pr. de furt.* vel sartori res eripiatur, ipsis, non dominis actio competit, modo illi sint solvendo; nam si inopes sint, tunc domini interest, quia pretium rei surreptae ab illis tum consequi non potest §. 15. *h.* qui enim non habet quod perdat, ejus periculo nihil est, ait JCtus in *l.* 12. *pr. de Furt.* Quin et omnibus rerum conductoribus actio furti competit, modo culpa eorum arguatur, *l.* 14. §. 12. *d. t.* quae distinctio in fullone non adhibetur, quoniam is custodiam, hoc est levissimam culpam praestet. *d. l.* 12. *in pr.* Caeterum, poena, quae a furibus exigitur, cedit his quibus actio datur; *l.* 6. *Locat.* excepto creditore: nam hic quidquid occasione pignoris adeptus est, id restituere debitori aut sibi in solutionem imputare debet. *l.* 22. *de pign. act.* Ratio differentiae est, quia creditor nullo alio fine pignus habet, quam in securitatem, supra quam nihil inde percipere potest, ac jus nostrum inprimis favorabile est erga debitores respectu pignorum; quatenus in angustiis rerum suarum constituti creduntur, quando res suas pignori supponunt. Diximus autem non temere *in princ.* furti actionem iis dari, quorum interest ratione *custodiae*, (sive negligentiae) quam in re custodienda adhibere debebant; nec enim putandum est, omnibus quorum interest quovis modo, competere hanc actionem; etenim emptoris interest sane rem emptam adipisci, neque tamen re surrepta furti agere potest, sed venditor, qui ad custodiam adhuc tenetur: petenti equidem cedere debet emptori quas habet actiones, et emolumentum, quod agendo percepit venditor, ei praestabit, quia, ut periculum ad emptorem spectat, ita commodum ad eumdem redundare oportet, *l.* 14. *in pr. d. t.* Eadem in caeteris locum habent, quorum periculi tantum respectu interest, veluti in creditore certae speciei, et muliere ratione dotis. *l.* 49. *eod. tit.* (8) Colonus autem, licet non sit dominus, habet tamen hanc actionem, *d. l.* 14. §. 2. non est quidem dominus fundi nec fructuum,

(8) *Regula aliter traditur a J. C. in* l. 71. in fin. ff. de furt. interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus qui lucrum facturus esset *Casus ab Auctore additi huc non pertinent, quia emptor, creditor, ne naturaliter quidem possidebant. Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 13. h. t. n. 3.

* Constitutio Electoralis Novissima sexta, liberos et parentes ac conjuges, nec capitali, nec corporali poenae subjici patitur; sed arbitrariam carceris aut relegationis poenam iis constituit: unde filium furem carcere, seductorem extraneum relegatione puniri posse, *resp. Fac. Jur. Lips. m. Jul.* 1705. Cognatos autem reliquos usque ad gradum quartum, computationis Civilis, a capitali laquei supplicio quidem, non autem a fustigatione liberat cognatio, si furtum magnum commiserint *d. Constit.* §. 6. *Also nach. verb. innerhalb. des vierten Grads. als. Bruder, Bruders-Kinder.* adde Carpzov. *Prax. Crim. qu.* 82. *n.* 39. Moller *ad P.* 4. *C. El.* 38. *n.* 5. Quod ad affines quoque in linea ascendentium et descendentium, ut et intra quartum gradum lineae Collateralis constitutos, applicat Philipp. *l. c. Ecl.* 7. *n.* 9. 10.

** Unde etiam *P.* 4. *C. El.* 38. nullam inter eos et alios fures facit differentiam, inprimis cum ab iis peculiaris fides jure desideretur, Carpzov. *ad d. C. Def.* 2. Philipp. *Us. Pr. Inst. L.* 4. *Ecl.* 5. *n.* 6. *seq.* qui tamen id limitat, ac a suspendii poena famulos ancillasve absolvit., quibus Dominus salarium petentibus denegavit., *d. l. n.* 10. 11. ubi subjicit praejudicium add. Berlich. *P.* 5. *Concl.* 54. *n.* 5. *n.* 49. *seq.* et Carpzov. *l. c. Def.* 2.

antequam auferantur; verumtamen ut primum decorpti sunt, ejus esse coeperunt. *l.* 26. §. 1. *eod.* Rorsus, domino fundi datur aotio furti ut habetnr in *l.* 60. §. 5. D. *Locati*; sed haec necesse non est pugnare; licet enim dicere, quod utrique competat actio, ac ita scriptum est ia *l.* 82 §. 1 *eod.* ubi et ratio, quod utriusque intersit.

12. Quod in fullono caeterisque commemoratis obtinet, hoc et in re commodata a veteribus sine scrupulo observatum est; quia commodatarii, qui ad diligentiam exactissimam tenetur, maxime omnium interest, *l.* 5. *in fin.* cum 2. *ll. seqq. D. Comm. l.* 14. §. 14. *et seqq. de furt.* sed Justinianus in *l. ult. C. de furt.* et in §. 16. *h. t.* in hanc summam constituit; Si res commodata surrepta sit, ut optio detur domino rei commodatae, utrum actione commodati adversus commodatarium, an forti adversus furem velit experiri. * Ratio, cur huic magis detur electio, quam antecedentibus, est, quia commodatum in solius commodatarii gratiam nullo commodantis commodo ioitor, ideoque ratio volebat, ut saltem hac in parte plus commodanti indulgeretur. Quod si dominus rei alterutram actionem elegerit, deinceps poenitere non potest, nisi ignoraverit rem esse surreptam §. 16. *h. l. ult. C. de furt.*

13 Depositario de re deposita sibi surrepta nulla datur actio, quia ipse non tenetur de levi culpa, nec proin ad rem domino restituendam, ideoque nihil ipsius interest. §. 17. *h.* Quid si culpa lata depositarii res erepta fuerit? Nec quidem habet actionem, quia culpa lata pro dolo habetur, *l.* 32. *D. deposit.* nemo autem ex dolo suo actionem consequitur. *l.* 12. §. 1. *et l.* 14 §. 3 *de Furt.*

S c h o l i u m.

Sed verius est, eum furti agere, si culpam quoque repromiserit vel pretium depositionis acceperit, ** per l. 2. §. 24. ff. de vi bon. rapt. *quam bene monet Vinnius* in not. ad §. ult. Inst. de vi bon. rapt. *non recte interpunctam esse, sed legi debere*: Nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. Utilius dicendum est etc.

De vi bonorum raptorum iisdem casibus depositarii agere possunt, quod utrumque est *in l.* 2. §. 24. *de vi bonor. raptor.* In §. 18. quaeritur, an impubes furtum committere possit? Et responsio est, impuberem pubertati proximum capacem doli atque furti esse videri, *l.* 111. *de Reg. Jur. et l.* 23. *de Furt.* infantes et infantiae proximos excusari, res ipsa loquitur. *d.* §. 18.

14. (m) Actio furti in duplum et in quadruplum est mere poenalis, §. *ult. h. t.* §. 18. *infra de Action.* praeter quas duae actiones rei persecutoriae dantur. Una est rei vindicatio, qua dominus rem furto surreptam petit a quolibet ejus possessore. *d.* §. *ult. h. t. l.* 9. *et l.* 23. *de R. V.* Altera est condictio furtiva, qua Dominus rem ipsam vel ejus aestimationem petit a fure vel ejus heredibus in solidum, et non tantum quatenus res ad illos pervenit. *l.* 1. *et* 9. *D. de condict. furtiva.* Datur et haec actio soli domino, *l.* 1. *de condict. furt.* §. 14. *infra de Action.* imo et creditori, *l.* 22. *pr. de pignor. act.* scilicet incerti condictio, ratione possessionis, ut docetur in *l.* 12. §. *fin. de condict. furt.* Datur, ut modo diximus, in solidum, etsi forte ad heredes nihil pervenerit, ut diserte traditur in *l.* 7. §. *ult. et l.* 9. *de condict. furt.* tametsi contra disputet Cujac. 7. *observ.* 37. *et* 13. *observ.* 37. Enimvero ad plerasque leges objectas facilis est responsio; sed quod in *l.* 6. §. 4. *de act. Rer. amot.* dicitur heredem mulieris, quae res viri divortii caussa amovit, rerum amotarum actione teneri, sicut heres tenetur condictione furtiva, habet difficultatem quia rerum amotarum actio tantum datur in heredem quatenus pervenit, *l. ult. C. Rer. amot.* cum vere sit ex delicto, licet rei persecutoria, *l.* 21. §. 5. *D. eod.* quales actiones non dantur in heredem nisi quatenus pervenit *l.* 44. *de R. J.* Potest quidem excipi, condictionem furtivam non esse ex delicto, sed occasione tantum delicti; pendere quidem ex furto,

(m) *Pos.* 29. 30. *et* 31.

* Hanc optionem secundum Jus Saxonicum commodanti non competere, contendit Schneidew *ad* §. 16. *Inst. h. n.* 2. *arg. des Land. R. l.* 2. *art.* 60. Sed sicut hunc articulum aliter explicat Schilter. *ad ff. Exerc.* 25 §. 7. ita alii rectius hic nullam inter Jus Civile et Saxonicum agnoscunt differentiam, sed apud nos quoque commodanti relinquunt arbitrium, utrum actione furti adversus furem, an commodati judicio adversus commodatarium experiri velit, *arg. L. R. L.* 3. *art.* 22. *et* 26. Carpzov. *P.* 2. *C.* 26 *Def.* 5. *n.* 8. Menck. *ad ff. h. t.* §. 15.

** Ita vero non erit contractus depositi regularis, de quo tamen Huberus in praemissis egit. Depositum, quo depositario pretium depositionis aut merces datur, in contractum mandati aut locati degenerat; hic levis culpae praestationi subjicitur depositarius, cujus interest, *v.* §. 17. *I. h. t.* ergo de re surrepta dabitur ipsi actio.

ut est in *l.* 36. *de O. et A.* non esse tamen formaliter ex furto, quia tum deberet esse famosa, cum furtum sit delictum inprimis famosum, *l.* 5. *de his qui not. infam.* ut accuratius ad §. 14. *infra de Action.* Nec etiam altera deest ratio cur rerum amotarum melior sit actio quam furti condictio in heredem; honos enim matrimonii multa fert in hac actione benigniora, quam in furto vulgari jubet, sed nihilominus illa comparatio in *d. l.* 6. §. 4. molesta est, nam si dicas, bactenus dari actionem amotarum et condictionem, quod utraque detur in heredes, discrepare autem in eo, quod altera in solidum, altera in id quod pervenit detur; obstat tum, quod ubi actio plane in heredis negatur, nihilominus in id quod pervenit procedat, *l.* 4. et 5. *in pr. de Calumniat.* sic frigidissima fuerit comparatio. Nec eundes aliter, quam Paulum, posito, amotarum actionem in heredem dari, condictionis obiter meminisse, nec ibi id egisse, ut exacte rem exponeret: Non est sane illa vis eorum verborum, ut Ulpiani sententiam in *d. l.* 9. *de condict. furt.* πραγματικῶς expositam evertere queat. Quid si ita, Heres mulieris tenetur *act. rer. amot.* ut ejusdem heres mulieris tenetur condictione, de qua in *l.* 3. *sitque comparatio non generalis*, sed respectu mulieris dumtaxat? Textus quoque restringunt. Nam *l.* 3. §. *pen. de pecul.* Patrem ait dominumque de furto filii servique teneri condictione, quatenus est locupletior, de herede non loquitur; nec aliud in *l.* 3. §. *ult. de act. Rer. Amot.* Plus coloris est in *l.* 9. §. *ult.* cum *l.* 10. *de Tutel. et ration. distrah.* ubi actio furti, injuriae, damni, condictio, morte tutoris interire dicuntur. Sed praedicatum illud, *morte tutoris intereunt*, necesse non est omnibus convenire praemissis, plerisque congruat, et sufficit, ut saepe alias; exemplo sit *l.* 9. *de duob. reis.* ubi, *sed et caeteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento.* Idque in *d. l.* 9. *in fin.* maxime admittendum, ubi praedicatum in textu sequenti diversoque auctore demum sequitur. Reliqui textus, qui inventur, ut *l.* 4. §. *ult. et l. l. seqq. de alienat. jud. mut. caus. l.* 49. *de O. et A. et l.* 52. *de R. V.* similesque, nihil aliud habent, quam pro delictis heredes non teneri, nisi quatenus sunt locupletiores, secus ac in contractibus: qua de re infra dicetur. *ad* §. 1. *de perpet. et temp. act.* Caeterum, et hae actiones rei persecutoriae concurrunt cumulative cum poenali, ita ut postquam furti in duplum vel quadruplum est actum, adhuc rei vindicatio vel condictio furtiva institui possit. §. *ult. h. t. l.* 7. §. 1. *de condict. furt.* Sed condictio furtiva et rei vindicatio, concurrunt elective. *l.* 43. §. 1. *de R. J.* Dicitur autem electivus concursus, quando una electa, altera actio consumitur. Regula autem summa de concursu est haec; quod idem bis peti non debet, *l.* 57. *de R. J.* quatenus igitur actionum finis diversus est, eatenus cumulantur; quatenus in idem tendunt, consumuntur. *l.* 34. §. *ult. de Oblig. et action.* Sed hoc capitulum alibi plenius exequendum erit.

TIT. II.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

I. Quid rapina et de actione inde oriunda. II. De rapina rei propriae vel quasi propriae. III. Quibus haec actio detur.

(a) Rapina est violenta rei mobilis ablatio, fraudandi et lucri faciendi animo facta; et in rebus tantum mobilibus committitur, *l.* 1. *C. de vi bon. rapt.* ubi, *actio vi bonorum raptorum potius ad mobilia quam ad fundos pertinet*; vocula *potius*, θετικῶς, non comparative accipitur; nam res immobiles non dicuntur rapi, sed invadi, §. 1. *in fin. h. t. l.* 7. *C. unde vi.* de quo agitur publico judicio de vi, nec non interdicto de vi et vi armata, ut in Digestis occurret. vide *l.* 2. §. 1. *h. t.* Actio ex hoc delicto dicitur de vi bonorum raptorum, estque in quadruplum, cui tamen rei persecutio inest, ita ut poena dumtaxat tripli sit, ac ita mitior haec actio videtur quam furti manifesti: tamen qui in rapina deprehensus est, is etiam furti actione manifesti tenetur; non deprehensus, non manifesti, *l.* 80. §. 3. *de furt. l.* 1. *D. de Vi bonor. raptor.* et raptor insuper judicio publico de vi potest conveniri, *ut infra.* Imperator ipse fatetur *in h. pr.* ridiculum esse, *levioris conditionis eum qui vi rapit haberi, quam qui clam amovet*; est enim raptor fur et quidem fur improbior, *l.* 2. §. 10. *D. h. t.*

(a) *Pos.* 1. 2.

et l. 14. §. 12. *Quod met. c.* servatque etiam hoc Justinianus, quod raptor simpliciter positus fure graviorem habet poenam; semper enim triplo mulctatur, cum fur plerumque duplo defungi queat; Quando autem uterque est manifestus, uterque in quadruplum tenetur *d. l.* 1. *h. t.* Unde remanet tamen, quod fur deprehensus actione civili gravius plectitur, quam raptor non deprehensus, et quod ambo deprehensi pariter adficiuntur, atque ita in hac hypothesi potest fieri, ut raptor, scilicet non deprehensus, graviori actione teneatur quam fur deprehensus. Ea res hanc habet rationem, quod paterfamilias, qui furem deprehendit in honorem vigilantiae et strenuitatis largius est habendus; Quod autem ad majorem rapinae atrocitatem attinet, ea parte Legislator rigori Justitiae satisfecit publico de vi judicio, ut dictum et dicendum amplius. Enimvero gravius esse delictum furto rapinam, res ipsa et textus modo citati loquuntur; quo enim major societatis communis perturbatio in quoque delicto, tanto illud gravius censetur: tametsi in contractibus aliisque negotiis, in quibus fraudandi animus spectatur, ex eo, quod clam fit, praesumptio deterior colligitur. *l. ult. de rit. nupt. l.* 31. *de Negot. gest. l.* 54. *de administr. et peric. tut.* Tim. Fab. *disp. Annivers.* 26. *th.* 7. Secus hanc rem accipere videtur Aristoteles, *Rhetor. ad Alex.* c. 12. Δεινότεροί μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν λῃζομένων ποιεῖν, οἱ μὲν γὰρ λαθραίως, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα περιαιροῦνται *Gravius mihi fures quam latrones delinquere videntur; Nam illi clam, hi palam bona nobis auferunt.* At non πολιτικῶς ita Aristoteles, sed est παράδοξον ἐξ ὑπερβολῆς, *exemplum paradoxi ex hyperbole,* qualia Rhetori suo suppeditat in illo capite Philosophus. Unum superest in *d. pr. h. t.* quod haec actio intra annum datur in quadruplum, post annum in simplum; at hoc inde fit, quia praetoria est actio, qua de re infra *tit. de perpet. et temporal. Action. in pr.* Notandi sunt denique casus duo excepti de Rapina, quorum altero poena dupli est, cui inest rei persecutio, quando scil. Christianus rem eripuit Judaeo; *l.* 6. *C. de pagan.* altero, damnatur Raptor in quadruplum, quod est mera poena, qui navicularios diripuit. *l.* 5. *C. de Navicul.*

2. (b) Ex verbis, *animo lucri faciendi,* colligitur si quis rapuerit non animo lucrifaciendi, sed quia putat suam esse rem, vel sibi deberi, eum non esse raptorem nec proinde in quadruplum teneri, *l.* 2. §. 18. *h. t.* sed quia rem mali exempli fecit, *l.* 176. *pr. de R. J.* sibimet ipsi jus dicendo; idcirco, si vere dominus aut creditor est, jus dominii vel crediti amittit. *l.* 13. *D. quod metus causa.** Si vero putet, se dominum esse, vel rem sibi deberi, non sit tamen, tunc duplo punitur, id est, rem suam restituere ac insuper ejus pretium solvere debet. *l.* 7. *C. unde vi.* Quaeritur autem, ipso jure dominium amittatur, an per sententiam; et videtur ipso jure; sic tamen ut sententia opus sit declaratoria, quoties de furto ambigitur. Gloss. *d. l.* 13. D. Wissenbach. *dis.* 42. *ad Inst. th.* 6. sed cui adquiritur rei Dominium; Fisco, an adversario? De Fisco nihil sancitum est; manet igitur res suo loco, penes possessorem, in solatium quoque injuriae quam passus est, per *l. ult. C. de Litigios.* Giphan. *ad l.* 7. *C. unde vi.* Denique notandum, eos demum ab ordinaria raptorum poena excusari, qui juris errore suas res per vim aliis eripuerunt: quod si bene conscii id sibi non licere, tamen ausi fuerint, dicendum, eos vere esse raptores et actione bonorum raptorum teneri: quod Imperator in §. 1. *h. t.* prudenter monet his verbis, *imprudens juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus.* Ita supplevit Justinianus id quod indistincte scriptum est in *l.* 2. §. 18. *de vi bon. raptor.*

SCHOLIUM.

Quod si ergo res quidem mea sit, sed sciam autoritate privata eam auferre mihi non licere, vi bonorum raptorum me teneri putat Autor. Mihi videtur contrarium, per l. 2. §. 18. h. t. *Non obst.* d. §. 1. *verb.* et imprudens Juris, *quae non restringendi causa sunt adjecta, sed quod plerumque haec imprudentia allegari soleat. Faciunt verba:* ne dum talia excogitantur *etc.* Conf. Wissenb. th. 2.

RESPONSIO

Verba Justiniani pura et πραγματικώτερα *mihi visa sunt, quam ut elusoriam sapientium*

(b) *Pos.* 3. *et* 4.

* Hanc poenam, quam D. Marcus *d. l.* 13. *ff. quod met. caus.* introduxit, confirmavit *R. I. de Ann.* 1532 §. 15. *et Ord. Camer Wormat d. ann.* 1521. t. 32 §. 2. In Saxonia tamen eam non obtinere, sed invasorem Parti ad emendam 30. solidorum f. 2. *alter Schoct.* teneri, et arbitraria poena a judice mulctari, *arg.* LR. *Lib.* 3. *art.* 43. *et* 47. et Gloss. *ad Weichb. art.* 29. tuentur Reinhard. *Differ. P.* 4. *diff.* 11. Coler. *P.* 1. *Dec.* 125. *n.* 2. Hartmann. Pistor. *p.* 1. *qu.* 16. *n.* 1. Schultz. *Syn. Institut. h. tit. Lit. b.* verb. *de Jure Saxonico.* Carpzov. *P.* 4. *C. Elect.* 35. *Def.* 11. 12. Strik. *Us. mod. ff. tit. quod met. caus.* s. 8. atque ita *resp. Fac. Jur. Lips. m. Jan* 1707 Meucken. *Tr. Syn. Inst. h. t.* §. 3 dissent 1. Goeddeus *Cons.* 68. *n.* 10 Schilter. *ad ff. Exerc.* 11. *th.* 12. *seqq.* Berger. *Resol. Leg. obit. ad L.* 43. *Tit.* 3. *p.* 759. *seqq.* adde Dap. Svevi *de edicto Divi Marci.*

cavillationem dumtaxat indicare videantur. Si quis tamen constitutionem, quae in hoc §. sequitur, putet esse generalem, cuilibet liberum ejus rei judicium esto.

N. Addit

Ergo pax inter nos est. Praeprimis cum Autor nihil responderit ad objecta verba: ne dum talia excogitantur *etc.*

3. (c) Datur haec actio iisdem quibus actio furti competit, iisdemque casibus, §. *ult. in fin. h. t.* scilicet iis, quorum interest, adeoque non tantum illis quorum in bonis, sed etiam quorum ex bonis res est. Dicuntur autem esse ex bonis ea, quorum utilitas, custodia vel periculum ad nos pertinet, ut sunt res locatae, pignoratae, commodatae, usufructuariae et similes, §. *ult. h. l.* 2. §. 22. *h.* de quarum rerum periculo suis locis actum fuit. Scilicet hoc non agitur ut dominium accipiant hi quorum ex bonis res sunt; sed illud solum, quanti interest rem non fuisse ereptam. *d. l.* 2. §. 22. Postremo tria velim notari; I. Cum actione de vi bonorum raptorum, non concurrere cumulative condictionem furtivam, sed elective duntaxat, quatenus huic quadruplo simplum etiam inest. II. Quia condictio prodita est hac causa, non putavit Praetor actionem in heredem raptoris esse porrigendam, ne quidem in id quod ad eum pervenit, vel quatenus locupletior est factus, quod alioqui in omnibus criminibus obtinet. *d. l.* 2. §. *ult. h. t.* Tertio sciendum, in edicto de vi bonorum raptorum, egisse Praetorem quoque de turba, hoc est de damno coactis hominibus dato *l.* 2 *et l.* 4. *in pr. h. t.* qua de re ad *tit. D. de vi bonor. rapt.* dicetur.

TIT. III.

DE LEGE AQUILIA.

I. Quid damnum heic et sententia Cap. 1. legis Aquil. II. Non teneri eum, qui servavit moderamen inculpatae tutelae, et quale hoc. III. De praestatione culpae plenius. IV. Sitne poenalis haec actio an rei persecutoria. V. De judicio L. Corneliae ob caedem hominis. VI. Cap. alterum L. Aquiliae. VII. De actione legis Aquiliae.

(a) Tertium delictum privatum est Damnum injuria datum, quod vindicatur lege Aquilia, quae est proprie Plebiscitum. *l.* 1. §. 1. *ad Leg. Aquil.* Legis enim commune vocabulum est, ut alias dictum. Damnum generaliter significat omnem patrimonii diminutionem. *l.* 3. *de damn. inf.* et injuria hic, pro eo quod non fit jure, adeoque etiam pro culpa sumitur. *pr. tit. seq.* At hoc loco strictius de eo quod sine lucro committentis perpetratur DAMNUM intelligitur, re perdita vel corrupta. Legis autem Aquiliae olim tria fuere capita, sed hodie duo solummodo exstant. Primo cautum est, ut qui servum alienum alienamve pecudem interfecerit, is tantum praestet, quanti servus aut pecus intra annum retro computandum plurimi fuerit, *in pr. et* §. 1. *h. tit.* ἐν τῷ τῆς ἀναιρέσεως ἐνιαυτῷ, *in anno quo pecus interfectum est*, ait Theoph. Pecudes autem dicuntur quadrupedes quae gregatim pasci solent, *d.* §. 1. quas inter et sues habendas, probat Caesar, et Marcianus in *l.* 65. §. 4. *de Leg.* 3. ex Homero, *Odyss.* 13. Forte sues ita fere apud Graecos, quemadmodum apud nos habitae fuerunt, magis ut in coeno se volutarent vel in stabulis seorsim cubarent, quam gregatim pascerentur, alioqui Caesar tam solicite argumenta in hanc rem ex Homero non quaesivisset; Enimvero in vicina Westfalia nihil egent argumentis tam longe petitis, ad probandum sues gregatim pasci.

Scholium.

Eo magis mirum, hac de re dubitasse Feltmannum in lib. de inclusione animalium. *cui satisfecimus alibi.*

2. (b) Oportet autem injuria, id est nullo jure eaedem esse commissam, seu dolo sive culpa. §. 2. *et seqq. h. tit.* Qui igitur vitae servandae causa, moderamine inculpatae tutelae adhibito, servum vel pecudem interfecit, is non tenetur. §. 2. *h. l.* 4. *et* l. 45. §. 4. *h. t.* Inculpata autem tutela duobus constat requisitis, *primo*, ut vis corpori nostro illata sit, *l.* 3. *de Justit. secundo*, ut aliter nullo modo periculum evitari potuerit. l. 45. §. 4. *D. h. t.* Dixi, ut *corpori* vis illata sit requiri; non, ut alii, *vitae*: Nam et pudicitiae causa tuendae caedem esse licitam, sanctissima generis humani reputatio et exempla volunt laudatissima.

Scholium.

Diserte Paulus l. 5. recept. sent. *tit.* 23. §. 3. Qui latronem caedem sibi inferentem vel alium quemlibet stuprum inferentem (*ita enim*

(c) *Pos.* 5. *et* 6. (a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. *et seqq.*

lege cum Grotio de J. B. et P. l. 2. c. t. §. 7. in notis, *quamvis aliter Cujaciana Paulianarum editio* p. m. 91.) occiderit, puniri uoo placuit. Alius enim vitam, alius pudorem, publico facinore defendit. *Nec hoe saltem jure civili licitum, sed etiam in foro conscientiae, propter metum justum consentiendi peccato vel ad momentum titillationis libidinosae. Alitor Dn. Pufend.* de J. N. lib. 2. c. 5 §. 11.

Igitur ob vim honis nostris illatam, oon videtur esse licitum hominem occidere, nec is qui fugere potuit, occidere autem maluit, omnino liber erit a poena *arg. l.* 9. *ad L. Cornel. do Sicar.* fugere autem debet is qui invaditur, si absque periculo subducere se potuerit, cum longo satis intervallo abesset, et receptum in propinquo haberet: nam alioqui fugiendo terga proderet inimico seque ineptum ad resistendum redderet; nec aliud, opinor, volunt sibi *Dd.* quando invasum teneri ad fugiendum statuunt; alioqui recte ab illis dissentiret D. Voet. *ad. h. t.* §. 2. *n.* 2. adde do inculpata tutela D. Wissenb. *disp.* 5. *ad inst. th.* 7. *et soqq.* Proinde, qui reputatione qualiscumque igoominiae periculum effugere dedignatus est, cum facultas daretur, is hao lege sine dubio tenetur: * sufficit enim aliquam vel minimam adfuisse culpam; quin et is, qui in extremo periculo invasorem ferire cupiens, tertium percussit, invitus licet, nihilominus tenetur, *l.* 45. §. 4. *h. t.* haec utique de lege Aquilia dumtaxat intelligimus, nam in lege Cornelia, quae homicidas ultore ferro persequitur, culpa non incidit io sanctionem *l. 7. ad L. Cornol.* ** Sio alioqui noo est necesse ut is, qui se defendit, primum ictum expectet; aut paribus armis utatur; sed quando periculum est certum, nihil interest quibus mediis salutem tueamur *arg. l.* 3. *de Just. et Jur. et l.* 1. *C. unde vi.* Quod autem dictum, ob vim bonis illatam non esse inculpatam corporis tutelam, id respectu L. Corneliae atque homicidii intelligitur, non ratione L. Aquiliae, quatenus defensio absque caede hominis fieri potest, *arg. d. l.* 9. proinde pecudem rei defendendae gratia interficere nihil vetat.

3. Qui casu fortuito damnum dedit sioe culpa, Lege Aquilia non tenetur. §. 3. *h.* Exempla extant in §. 4. *et* §. 5. ubi quidem casus fortuiti non collocsntur, quales alioqui solent intelligi θεοῦ βία, *vi divina*: cum facta hominum inconsulta in *dd.* versibus memorentur; sed casus intelligantur, quibus nihil culpae ratione potest imputari: quemadmodum, si quis jaculis se exercons hominem transeuntem vulneraverit; Nam si is intra efficii sui morisque soliti limitos se continuerit, nihil est quod teneatur; secus si excesserit illos, ut si non fuerit miles, cui jus sit in eo loco so exercendi, vel si miles id alibi instituerit. *d.* §. 4. *l.* 9. §. *ult. h. t.* Idem juris est in sphaeristeriis ludisque palmariis, in quibus si cui oculus sit perfossus, aut crus elisum, ut non ita dudum Hagae Comitis ictu sibi fatali accidit Egregio viro *Gulielmo Hagio* Jcto et Poëtae nostrati eximio, nulla inde actio damni aut injuriae datur; modo nihil ab altero commissum ommissumve sit, quod more publico in ejusmodi ludis erat observandum. Huc etiam pertinet casus mirabilis in *l.* 11. *h. t.* ubi casus, cum quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerat, et sic servi, quem tonsor radebat, gula fuit praecisa, adjecto cultello; Nam si tonsor in loco sibi consueto raserit hominem, ipse caret culpa; ut et is qui pila novaculam impressit in gulam, si locus ad lusum fuerit destinatus; alioqui tenebitur. Adde casum non absimilem in *l.* 25. §. *ult. eod. tit.* Sio etiam nulla potest argui culpa lignatoris, qui amputatis ramis transeuntem laeserit, quem non praeviderat, modo iter aut via non fuerit illac, etenim tali casu proclamare debet. §. 5. *h. l.* 31. *D. eod.* Caeterum, culpa praestatur hic omnis, etiam levissima, *d.* §. 3. quod secus in aliis delictis, in quibus nemo nisi de dolo tenetur. Ratio differentiae, quia hio non agitur do poena corporis aut infamia, sed tantum uter damnum ferre debeat: Ratio autem vult, ut potius ille cujus aliqua est culpa ferat damnum, quam ut is, cujus nulla coargui potest, DELICTI reus habeatur.

Scholium

Coorcet quidem lex Aquilia culpam, sed damnum culpa datum non spectat ad vera delicta. Dixi in Philosoph. jur. §. 145.

Responsio.

Non conducit philosophia ad reformationem Artis, sod ad explicationem vel ad

* Conf. Edict. Saxon. *De Duellis de a* 1712. *d.* 2. *Jul.* §. 25 *verb.* ohne es vor *disputirlich* zu achten. *Et prooem verb.* sondern sich an dee ihnen in diesem *Mandat* zu *Reparation* seiner Ehre gesetzen Masse, begnügen lassen solle.

** Jus Saxonicum Commune et Electorale homicidam culposum, quoties tantum relegatione, aut mitiore non vero poena corporis afflictiva afficitur, jubet proximis Agnatis aut Cognatis, necem defuncti vindicantibus praestare Werigeldum. *LR.* t. 3. *art.* 45. *P.* 4. *C. El.* 11. quod masculo occiso multam 20 thalerorum, foemina occisa 10. thaleror. complectitur. Carpzov. *Prax. Crim. qu.* 34. *n.* 12. *et* 25. *Id. ad. d. C. def.* 3. Richt. *Dec.* 2. *n.* 3. Plures autem occisores ad integrum Werigeldum praestandum obstringi, docet idem Carpzov. *ad d. C. def.* 4. et Muller. *ad eand. n.* 7.

Digressiones amaenasque observationes, quo si D. Thomasii Scholium pertinet, bene est; Tu alioqui sic habeto; Damnum Legis Aquiliae esse verum delictum, quia πραγματικῶς *a Juris Auctoribus ita traditum et iuculcatum est: nec ratio deest.* de qua in loeo.

N. Addit.

Forte aliter Scripsisset Autor, quam ut tanta fiducia asseruisset damnum Legis Aquiliae in universum ad verum delictum pertinere, si seutentiam nostram in allegato loco potuisset inspicere. Ergo nil aliud hie agemus, quam ut istum locum apponamus. Dixeram ibidem §. 142. et 143. *Denique obligationem ex quasi delictis quod attinet, et in horum natura explicanda, Triboninnus Cajum* in l. 5. §. 4. aeq. de O. et A. κατὰ πόδα *secutus, magis remotive procedit quam positive,* t. t. Inst. de obl. quae qs. ex del. nase. *Interpretes vero et hic in communi conceptu formando parum conveniunt. Mihi videtur res non incommode expediri posse, si dicam, toties obligationem ex qs. delicto (Ergo si forte alia actio ex culpa descendens in Digestis deprehendatur, in* l. 5. de O. et A. et in tit. de obl. quae qs. ex d. n. *non recensita, et illa orietur ex qs. delicto) oriri, quoties culpa mea aliquod damnum datum; toties ex vero delicto, quoties damnum datum per dolum meum* arg. tot. tit. de obl. quae qs. ex d n. d. l 5. §. 4. seq. de O. et A. *Dico: culpa mea. Non enim sentio cum Dn. Struv.* exerc. 48. th. 8. *distinguente inter culpam propriam et alienam. Ex illa dicit oriri delictum imperfectum; Ex aliena, quae saltem in alterum redundet, ut is ex culpa praesumpta teneatur, quasi delictum. Nam in Judice imperite judicante adest sane culpa propria. Imo haec in omnibus quasi delictis obtinet, quamvis forte ita distinguere posses: per culpam meum alicui damnum dari vel immediate, ut si imperite judicem; vel mediante facto alterius illicito sive doloso sive culposo, cujus exemplum in* §. 1. et 3. Inst. de obl. quae qs. ex d. n. *Illud autem de damno per injuriam dato in specie notandum, quamvis ad vera delicta referatur,* pr. Inst. de obl. quae ex del. nas. l. 4. ff. de O. et A. *quoniam tamen per eamdem actionem legis Aquiliae damnum non minus ex culpa, quam ex dolo datum coercetur, ideo, si accurate loqui velis, in casibus specialibus, si damnum dolo datum fuerit, actio ex vero delicto oritur, si saltem culpa, ex quasi delicto. Quae actionis hujus diversa fundamenta, ideo a Triboniano vel JCtis non videntur separata, quia eumdem producunt effectum. A vero delicto autem, tanquam potiori, facta denominatio. Quod non mirandum, cum adhuc magis diversa fundamenta non infrequens sit in jure haud separari, sed a potiori nomen accipere, si idem sit eorum effectus, ne scilicet entia praeter necessitatem multiplicentur. Nam v. g. actiones ex contractibus venientes tales manent, etiamsi delictum quoque versetur.* l. 49. de O. et A. *Jam judicet lector quaenam sententia artem reformet vel explicet convenientius, an mea, an Autoris Philosophia.*

Levissimae autem culpae exemplum est *in* §. 8. In iis, qui mularum aut equorum impetum, propter imperitiam aut infirmitatem retinere non potuerunt; sufficit enim ita damnum esse commissum, ut alius id in simili occasione devitare potuisset *d.* §. 8. quae est descriptio levissimae culpae. §. 1. *in fin. Inst. de oblig. quae quasi ex contract.* Nam imperitia medici * male secantis venam aut clystere intestina laedentis aut medicamentum praepostere miscentis, ad levem aut aliquando ad latiorem culpam accedit, ut in §. 7. traditur: Medicus enim ex praeceptio Hippocratis μηδὲν εἰκῇ, μηδὲν παρορῶν facere debet: satis autem ex illis exemplis patet, non esse tantum Medicos, qui hodie dicuntur, sed et pharmacopolas et chirurgos eorum appellatione contineri; nec enim partitio olim Medicinae in tres partes erat cognita, sed iidem pharmaca miscebant et praeparabant, qui praescribebant et applicabant, *l.* 7. §. *fin. et l.* 8. *h. t.* sed qui suscepta hominis cura mediens, licet re bene hactenus gesta, sine justa causa ejus curationem dereliquit, doli aut sane culpae latae non potest excusari, §. 6. *h. t. l.* 8. *eod.* ubi recte additur, si ob id homo perierit; nam si et alias moriendum ei fuerit, haec actio cessat, imo a disperatis notissimum rectissimumque Hippocratis praeceptum est, abstinendum esse medicinam.

4. (c) In §. 9. traditur actionem legis Aquiliae esse ex genere poenalium, quia potest fieri, ut plus praestetur quam res valuit, cum

(c) *Pos.* 11. *et seqq.*

* Ideoque Jura Saxonica poena arbitraria carceris, aut relegationis, afficiuntur, quam omnibus iis, quibus commissum est a magistratu, ut decumbentibus, inprimis pestis tempore, victum aut alia necessaria suppeditent, si aegrotos negligant et perire sinant, dictitat *P.* 4. *Const.* 5. §. *f.* add. Philip. *Us. Pr. Inst. lib.* 4 *Ecl.* 16. *n.* 3. *seq.*

daretur damnum, neque tamen semper in hypothesi exitum judicii poenalem esse videmus; nam si res nunquam fuerit pluris, quam fuit cum perderetur, eveotus judieii est rei persecutorius: neque coim hoc poeoale facit judicium, quod is, qui damnum dedit, supra rem tenetur io omoe id quod interest; quatenus id certum fuit; hoc enim oihil quam res est, cujus exempla vid. *in h. t.* §. 10. *l.* 21. §. *ult.* cum *ll. seqq. h. t.* Eteoim quoties actor nihilo plus quam quod abest sibi consequitur, ratio juris vult, actionem esso roi persecutoriam, licet reus luere debeat quod non percepit. *l.* 35. *de O. et A.* qua de re ad §. 1. *infra de perpet. et temp. act.* etiam vero illic do ultimis hujus §. verbis; *constat in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur*: hoc est, si actio fuisset rei persecutoria, quemadmodum in *d.* §. 1. explicatur. Sed an igitur, si contingat exitum hujus judicii esse rei persecutorium, ut saepe fit, io heredem actio datur? Minime; nisi es damno dato locupletior forte sit factus. *l.* 23. §. 8. *ad L. Aquil.* * Sufficit enim generaliter, ut ne in heredem detur; mutatio in hypothesi noo iofort juris diversitatem; praeter quod ex delioto nihilominus datur haec actio, cujus odium in heredem non transmittitur. Quamvis autem, cum res non fuit pluris quam cum perirot, effectus actionis simpliciter sit rei persecutorius, damoi tamen autor nihilo secus male mulctatur. Cum enim, ut plerumque res est, nihil ad ipsum utilitatis e delicto pervenerit, non modo tamen ad rei peremptae pretium, sed etiam ad id quod interest restituendum teoetur, quod exemplis Imperator illustrat in §. 10. *h. t. l.* 21. *l.* 22. *et* 23. *eod.* inter quae de servo herede instituto et occiso, antequam jussu domini adiret hereditatem, id observandum, siquidem servus sit mortuus aoto testatorem a quo erat institutus, eo casu non videri ad pretium hereditatis agi posse; Scriptum est enim in textu, *hereditatis amissae rationem esse habendam*; sed aote obitum testatoris hereditas dici nequit amissa, quia viventis nulla penitus est hereditas. *l.* 1. *de hered. vel act. vend.* Atque hoc moneut Dd. quando id quod ioterest debere, ajunt, esse radicatum certumque, non nimis longe petitum; neo adveotitii casus computandi sunt. *l.* 6. *Qui et a quib. manum.* Quod igitur vero amissum est, id debetur atque petendum est; amisisse autem dicimur id, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur. *l.* 33. *in fin. h. t.* Quantum autem illud sit, in universum aestimari nequit; aliquando tantundem, aliquando nihil, ut habetur in *l.* 13. *de Re Judic.* sane etiam aliquando plus, nam id quod ioterest in casibus certis ad duplum usque, neo ultra, adscendit, *l. un. C. de sent. quae pr. eo quod inter.* ubi casus incerti sine praescriptione duplo, secundum id quod revera abest, dicuntur aestimandi. Delicta autem ad casus certos an incertos referenda sint, dubitatur; propius vero est, primam constitutionis partem, quae magnitudinem aestimationis, licet verae, limitat et coercet, in delictis cessare, nec ibi quicquam esso rationis, quare non plena veritas ejus quod interest in condemnationem sit deducenda, ut disputat Peres. ad *d. l. un. n.* 20. Wissenbach. *disp.* 42. *th. th.* 19. Id vero minus dubii recipit, id quod interest redigi ad aestimationem communem, non ad affectionem singularem, quae in phantasis hominum consistens nullam recipit aestimationem; qua de re pluribus agitur in *l.* 33. *D. ad L. Aquil.*

5. (d) Sed quid hoc est, quod de pecude nec non de homine occiso agitur in hac lege pari modo, numquid hoc absurditatis absolvi potest? Tu dic, servum dupliciter considerari. *Primo* ut est in commercio, *rursus* ut est membrum societatis humanae. *Primo* respectu in hac lege pecudibus comparatur. *l.* 2. §. 2. *h. t. Altero*, caedes servi perinde ac hominis liberi punitur capitali poena ex *L. Cornelia.* §. 11. *h. t.* Nam Legis Corneliae auctor egregie memor conditionis humanae, *l.* 32. *de R. J.* non putavit distinguendum quis homo foret occisus, modo constaret dolo malo caedem esse patratam. *l.* 1. §. 2. *ad L. Cornel.* Qua in re differentia merito posita est in illis Legibus: Nam etsi Aquilius culpam perinde ac dolum animadvertit, quod tantum de pecuniaria diminutione patrimonii agebat; Cornelius tamen, qui ad capitale supplicium adsurgebat, culpam pro dolo non habuit, ne quidem maximam et latam. *l.* 7. *ad L. Cornel. de sicar.* Et haec judicia L. Aquiliae atque Corneliae concurrunt cumulative, ita ut uni per alterum non fiat praejudicium, *l.* 23. §. 9. *h. tit.* ** ratione manifesta,

(d) *Pos.* 1. 2.

* Etiam in Saxonia tunc in heredem datur haec actio, si ex damno ab antecessore dato sit factus locupletior, ceu pron. *F. J. L. m. Maj.* 1705 Menck. *Tr. Syn. Inst. h. t.* §. 5.

** Sed *P.* 4 *C. El.* 12. eum qui ob homicidium capitis supplicium sustinet, aut pro delicti modo fustigatione, vel manus amputatione coercetur, in expensas litis, aut ad praestationem damni, quod ex defuncti nece liberi, aut proximi ejus cognati, sentiunt, condemnari posse negat. Constitutio haec in novam declarationem sustinuit in *Raub.* Mand. d. 1729 §. *Wir wollen.* cujus verba apponere iubet: *Ingleichen denen*

quod in diversa tendunt haec judicia et diversis dantur personis, cum alterum sit privatum, alterum vero publicum judicium. An autem uno libello hae actiones duae cumulari possint, alia quaestio fuerit, quam alibi commodius tractabimus. Nota est objectio ex *l.* 4. *de publicis judiciis*, ubi dicitur praejudicium fieri *L. Corneliae* per L. Aquiliam: Nimirum, quatenus pendet Actio L. Aquiliae, tantisper enim Lege Cornelia agi non potest, finita autem ea procedi potest ad alteram, rursus evidenti ratione, quod decisio criminis ex Lege Cornelia pendet ex cognitione causae in actione Legis Aquiliae; cum factum scil. utrobique sit idem, iisdemque probationibus adstruendum: ut etiam sic merito Lex Aquilia praejudicium facere dicatur L. Corneliae; quatenus illa viam sternit ad alterum gravius judicium.

6. (e) Caput secundum L. Aquiliae in usu non est et penitus ignoratur. §. 12. *h. t. l.* 27. §. 4. *h. t.* Sunt qui credunt eo cautum fuisse de intercepta nobis utilitate aliqua, cujus exemplum Cujacius adducit ex Plinio *lib.* 9. *Natur. histor. c.* 59. ubi est de anthia pisce conciliatore aliorum capiendorum et fraude alterius capti. Probabilior est Chifletii conjectura, quam laudat D. Voetius *comment. ad* §. 12. *h. t.* Videri forte an de servo corrupto actum in hoc capite, quod ideo postea sit abrogatum, quia Praetor in edicto de servo corrupto duplum simpliciter est pollicitus, cum in Lege Aquilia duplum non adjudicetur nisi post improbam inficiationem §. 26. *infr. de Action.* * Tertio capite cautum est de omni damno, quod praeter caedem servi et pecudis datum fuerit, sive pecudes vulnerentur, sive animalia quae pecudum numero non habentur, interfecta sint, sive aliae res quaelibet fractae, ruptae, ustae, scissae, collisae, effusae, corruptae et quoquo modo peremptae ac deteriores sint factae, quae omnes causae atque species sub voce *ruptae*, senau vocis originali comprehenduntur. §. 13. *h. t. et l.* 27. §. 13. cum *seqq. h. t.* Huc varia pertinent; Sutor puero parum bene facienti quod demonstraverat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur, magister hoc capite tenetur. *l.* 5. §. *ult. h. t.* cum *ll. seqq.* Etiam is, qui fructus alienos dissecuit immaturos; nam si maturos, dumtaxat impensas amittit. *l.* 27. §. 25. Si naves occursu mutuo sint laesae, datur actio in reum culpae; si non liquest, neuter tenetur, suum quisque fert casum. *l.* 29. §. 4. *h. t.* Moribus fere contributio fit. Wiasenb. *th.* 20 Qui metu incendii latius evagaturi vicinas aedes intercidit, non tenetur, etsi ignis eo non pervenerit, *l.* 49. §. 1. nisi metus haud cordati hominis fuerit *l.* 7 §. 4. *Quod vi aut clam. et arg. d. l.* 49. §. 1. verb. *magna vi cogente.* Tutius haec res magistratibus relinquitur. Casus alios et historias vide sis in *l.* 30. §. *pen. l.* 45. §. 3. *et l.* 52. §. 1. *et* 2. *d. tit.* et toto passim titulo. Etiam vulnus liberi hominis huc pertinet, non ad aestimationem corporis, deformitatis, aut doloris; quoniam hae sunt affectiones liberi corporis; quod, quaeque, non recipit, nec recipiunt aestimationem, sed ratione damni pecuniarii, laeso aut interfecti heredibus illati. *l. ult. ff. si quadrup. pauper. fecis. dic.* Statuta tamen Gentium damna liberorum corporum pretio quoque saepius aestimant, ** inter quae maxime notabilia sunt Hebraeorum, recensita a Puffendorfio *de J. N. et G. l.* 3. *c.* 1. §. 8. ut addit D. Thomasius. Sed ancilla devirginata, datur actio directa Legis Aquiliae. Quod autem de dolo aut culpa dictum est in capite praecedenti, id hic pro repetito habeodum.

(e) *Pos.* 13. *et seqq.*

Gerichten, was diese oder auch die Untertanen, nach theils Orten Gebrauch zu Fuhrung der Inquisition *bey dergleichen so wohl als allen andern* Criminal. *Fallen aufgewendet, ebener massen zu* restituiren *angehalten, and also die* 12. Constitutio Elect. part. IV. *bloss von demjenigen* Casu *verstanden werden and. anzunehmen sey, wo beym Todtschlagen des Umgebrachten Erben* Actionem Criminalem per modum accusationis *anstellen, welches hingegen auch selbst* cessiret, *wenn die Sache auf.* Denunciation, *oder* ex officio *von dem Richter durch* Inquisition tractiret *worden* etc Conf Carpzov. *ad d. c. def.* 1. 2. *et* 7. ubi addit, nec viduae ex occisoris bonis alimenta deberi; Ast, qui ob culposum homicidium relegatione tan, tum coercetur, ab eo etiam in Saxonia expensae judiciales, praecedente earum liquidatione et moderatione. exigi queunt *d. C.* ad quam vid. Carpzov. *def.* 3. *et* 7.

* Conf. Ger. Noodt *ad L. Aquil. Cap.* 13. *p.* 69. qui incognitum hujus capitis tenorem asseverat, Claud. Chiflet. *de Leg. Aquilia*, illud de servo corrupto egisse autumat; Cujacii conjecturam ab Autore adductam; laudat Mornacius *ad l.* 27 §. 4. *ff. ad L. Aquil.* Corn. v. Bynchershoeck *caput secundum L. Aquil.* de dejectis vel effusis egisse, *ex l.* 5. §. 4. *ff. d. his, qui eff. vel dej.* concludit. *in Observ. Jur. Rom. L. I.* c. 13.

** Apud Saxones laeso, intuitu dolorum corporisve laesati, debetur emenda, cujus quantitatem Judex determinat, *a. L. R. l.* 2. *art.* 16. *l.* 3. *a.* 48. Nam licet olim pro vulnere saltim 30. solidi, et rusticis tantum quindecim praestarentur, Carpzov. *P.* 4. *C.* 42. *d.* 14. Colerus *P.* 1. *dec.* 161. *n.* 32. usu tamen contrarium merito obtinuit, adeoque arbitraria mulcta, ob liberum corpus laesum, dictari solet. vid. *P.* 4. *C. El.* 42. §. *f.* et Carpz. *ibid. def.* 16. eumd. *Prax Crim. qu.* 99 *th.* 32 Schilt. *ad ff. Exerc* 19. *th.* 31. *seqq.* Sed nec hanc emendam peti posse, si ex vulnere criminaliter agatur ad poenam corporis afflictivam, docent Jac. Schulters *ad Modest.* Pist: *P.* 3. *quaest* 107 n. 38. Carpzov. *l. c. def.* 14. ; Schulter *l. c. th.* 67. *seqq.*

§. 14. Item hic quoque praestatur quanti res plurimi fuit, sed iotra mensem, loco anni, quem io capite primo servatum fuisse audivimus. §. 15. *h. tit.* Moribus hodiernis ea particula legis, *quanti res plurimi fuit*, non observatur, sed io verum pretium et id quod intereat agendum, Groenew. *ad h. t.* * quemadmodum de omnibus poenis legalibus *infra* iotelligemus.

7. (f) Actio Legis Aquiliae est vel directa, vel utilis, vel in factum.

Scholium.

Hane actionem in factum, ab actione utili per Tribonianum male separari, ostendi in Philos. jur. §. 149. et ad *Strauch*. XIX. 12. p. 256.

Responsio.

Nos utimur jure Justiniani; Quod an recte se habeat, Digressionum *consideratio est. Sane utiles et in factum actiones aliquando promiscue accipi, mox intelligemus.*

N. Addit.

Sed jure Justiniani uti non possumus quod nullum intellectum habet, et crassam Triboniani ignorantiam palpabiliter ostendat. Verum esto et hac de re judicium Lectoris. Apponam saltem loca ad quae scholium provocat. Ex dissertatione de Philosophia Juris, verba ita se habent §. 146. seqq. *Cum omnis actio sit remedium violentum, nec in civitate ad omnem obligationem naturalem perfectam concedatur actio*, per §. 60. *igitur ne subditi fluctuent, sed casibus emergentibus statim ipsis constet. an ob istam obligationem actio sit prodita nec ne, e re Reip. est, ut ejusmodi proditae sint regulae, ad quarum normam casus obvenientes judicari possint. Et in republ. quidem Romana, vel facta fuit illa regularum praescriptio immediate per leges civiles, vel (deficiente lege civili, aequitate tamen suadente, ut actio concederetur) mediate per Praetoris officium: qua de causa actiones dividuntur in civiles et praetorias*, §. 3. Iost. de act. *quarum hae etiam vocantur actiones in factum* l. 11. de praescr. verb. l. 5. §. 1. ne quis eum qui in jus voc. vi exim. l. 3. pr. de eo per quem fact. l. 23. §. 5. l. 52. de R. V. *Sed leges scire non hoc est verba earum nosse, sed vim earum et potestatem.* l. 17. de leg. *Id quod et in legibus, quae regulas formandarum actionum praescribunt, valet; quapropter saepissime evenit, ut casus emergens, quamvis non ad verba legis, aut edicti Praetoris accommodari potuerit, ad mentem tamen et sententiam Legislatoris, aut Praetoris quadraverit, atque ideo interpretationem desideraverit Prudentum, vel quandoque etiam (in actionibus scilicet legitimis) ipsius praetoris* d. l. 11. de praescript. verb. *Ex quo nata est distinctio inter actionem directam, quae ex verbis regulae oritur* l. 37. de O. et A. l. 47. §. 1. de neg. gest. l. 24. de tut. et rat. distrah. *et utilem, quae menti et sententiae regulae est accomodata* d. l. 37. de O. et A. d. l. 11. de praescript. verb. l. 5. §. pen. de pecun. const. *Et haec utilis actio vocatur etiam non infrequenter actio in factum.* l. 9. d. l. 11. de P. V. l. 29. §. penult. et l. 53. ad L. Aquil. conf. *Struv.* exerc. 25. th. 23. et exerc. 46. th. 76. *Vides ergo, actionis in factum nomine non solum venire actionem praetoriam, sed et utilem, qui duo significatus nequaquam confundendi sunt. Confudisse vero eos maxime videtur Tribonianus in* §. ult. Inst. de L. Aquil. *tres actiones memorans ex lege Aquilia descendentes, directam, utilem et in factum, et ultimum quidem ab utili satis aperte separans. Non recte et contra Philosophiam JCtorum veterum. Scilicet cum in* l. 7. §. 7. de dol. *Labeonis doctrinam legisset, eum, qui servum meum compeditum misericordia ductus solverit ut fugeret, actione in factum teneri, nescio quo pacto evenit, ut actionem hanc in factum ab illa actione separaret, quae datur, si quis v. g. hominem alienum aut pecus ita inclusit ut fame necaretur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur etc. cum tamen haec diserte vocetur actio in factum.* l. 9. §. 2. ad L. Aquil. l. 29. §. penult. et l. 53. eod. *Igitur si conferas differentiam, quam Tribonianus inter actionem directam, utilem et in factum* d. §. ult. *esse ait, cum legibus Digestorum, apparebit eam esse falsissimam, et ex Triboniani cerebro excogitatam. Nam quae secundum regulam Triboniani deberent esse actiones utiles, omnes in Pandectis sunt actiones in factum.* vid. l. 7. §. 3. et 6. et l. 9. pr. et §. 3. ff. ad

(f) *Pos.* 17. *et seqq.*

* Etiam nostris moribus Actio Legis Aquiliae censetur esse rei persecutoria, ac reus praestat simplicem rei aestimationem, qualis fuit eo tempore, cum damnum dedisset; Struv. *S. J. Civ. Ex.* 4. th. 25. Brunnem. ad *L.* 27. *ff ad L. Aquil. n.* 7. Carpzov. *P.* 4. *Const.* 37 *def.* 8. Secus erit, si cum alia actione cumuletur, e. g. ad emendam mulctamque tendente; Mench. *d. l.* §. 10.

L. Aquil. et alias plures. *Et omnino in damna leg. Aquil. Actianem in factum cum actiene utili coincidere, docet.* d. l. 11. de P. V. *Mirar hunc Triboniani errorem a nulle Cemmentatorum ad Instituta, ques mihi quidem evolvere licuit, fuisse observatum, ima ab Hubero* ad instit. tit. de lege Aquil. th. 7. *per distinctienem inter actionem in factum civilem, et praeteriam, et ferte ab aliis, sed frustra (nam distinctia Huberi non convenit* d. l. 11. de P. V. et l. 7. §. 7. de dola reliquisque in thesi allegatis) *defensum, cum tamen turbet tatam doctrinam de actiene directa et utili. Quapropter ut ex Pandectis breviter restituatur actia legis Aquil. duplex, dico, directam esse quae oritur ex verbis legis Aquil.* l. 2. pr. et l. 27. §. 5. ff. d. t. *recensitis.* l. 7. §. 7. l. 9. pr. §. 1. et l. 11. §. 5. et 7. eod. *eam autem, quae aritur ex mente et sententia legis, nihil aliud volentis quam ut amne damnum per culpam meam alteri datum resarciatur, quamvis ad verba legis non possit accomodari, esse utilem,* l. 13. ff. eod. *seu quod idem est, in factum.* l. 9. pr. et l. 11. §. 5. eod. *His addideram in netis ad Strauchium* d. p. 256. *Accessit forte alius, qui Tribonianum in hunc errerem perduxit, pravus intellectus* l. 33. §. 1. ad L. Aquil. *ubi Paulus:* In damnis, *inquit*, quae lege Aquil. non tenentur, in factum datur actio. *Putavit igitur Tribonianus, phrasin hanc:* quae lege Aquilia non teneutur, *ita intelligendam esse, quasi actie in factum sit de damnis, quae nec verbis nec sententia legis Aquiliae contineantur, cum tamen haud dubie loquatur JCtus saltem de illis damnis, quae nen continentur verbis legis Aquiliae, continentur tamen ejus ratione, ob quae danda est actie in factum, seu quod idem est, legis Aquiliae utilis.*

Directa, quae oritur ex ipsis verbis legis, quae proprie in eum convenit, qui suo corpore et in corpus damnum dedit: Veluti, quando quis hominem aut pecudem * alienam suis manibus trucidavit. §. *ult. in pr. h. t. l. 51. eod. Utilis* Actio est, quae a verbis L. recedens, per interpretationem et ex mente legis inde deducitur, veluti, cum quis damnum quidem in corpus, at non corpore suo dedit. Exempla sunt in textu; si quis pecudem alienam ita incluserit, ut fame necaretur; aut jumentum sic egerit, ut rumperetur, vel praecipitaretur; exempla plura vide in *l.* 7. §. 3. *et* 6. *et l.* 9. *D. eod. tit.* Eo quoque pertinet, quod de liberi corporis detrimento superius observatum est. In factum Actio est, quae longius a verbis legis recedit, et remotiori consequentia exinde deducitur. Scil. quando nec corpore nec in corpus damnum est datum, sed alio modo alicui detrimentum est illatum; quo forte et exemplum illud ex Plinio de anthia pisce referri potest. Justinianus *in fin. h. t.* habet exemplum hominis, qui alienum servum misericordia ductus compeditum solvit, quod et in pecudibus fieri potest; Corpus igitur oportet integrum manserit, ut locus sit actioni in factum.

Scholium.

Corpus oportet integrum manserit, ut locus sit actioni in factum, *inquit Autor: magis ut pute ad mentem Tribeniani in* d. §. ult. *quam ex vero. Nam si periit pecus, utique damnum datum fuit in corpus, etsi non corpore, quersum et referenda* l. 11. §. 5. h. t. *cujus casus haud dubie a Triboniano ad actionem utilem fuisset relatus.*

Responsio.

Cum heic de damne agatur, opertere hoc in ipsum corpus desinere, per consequentiam plusquam certum est. De ipse actu damni dati hic lequimur, nen de eo qued inde sequitur. De caetero vide sis ea quae mox subjiciemus.

N. Addit.

Nullus est sensus Schelii mei, preut hic pesitum est, quia Auter emisit verba pasitienis, ad quae istud ebservaveram. Nimirum hoc Scholie netare valebam, quod Autor in pasitione actionis in factum exemplum dederit sequens, si pecudem alienam emisisti a pascuo, vel campedibus solvisti, et periit, *eamque in rem allegaverat* §. ult. h. t. *addita* lege 11. §. 5. h. t. *Et igitur ostendere volui, istud et* periit, *nen esse ad mentem* d. §. ult. *Jam ergo facile videt Lectar responsionem Autoris rem magis implicare quam explicare. Primo enim falsum est, quod dicit, plus quam certum esse, ideo, quia de damne hic agitur, oportere hoc in ipsum corpus desinere per consequentiam. Nam* v. g. *si servum vel pecudem alterius selvas et aufugiant, ut nescias ubi sint, nullum damnum nequidem per consequentiam, in corpus servi vel peculis datum est. Secunde, prioribus verbis mode relatis, contradicunt sequentia: De ipso actu damni*

* Jure Saxonico si animal voluptarium occisum, vel aeque bonum, Wergeldum ejus praestandum est *Landr.* L. 3. *art.* 47. Pro non voluptario Wergeldum, S. aestimatio simpliciter debetur; *Ibid. art.* 51. illi vero aestimationi, quam jus Saxonicum commune fecit, ob aucta animalium pretia, non amplius insistitur, sed judicis arbitrio taxa committi solet.

dati hic loquimur, *non de eo*, *quod inde sequitur. Tertio*, *falsum est quod in exemplo proposito non sit locutus de eo quod inde sequatur*: *nam istud* et periit, *respicit omnino id quod actum damni dati*, v. g. *emissionem e pascuo*, *aut solutionem secutum est.*

Atqui in *d. l.* 7. §. 3. *et* 6. et inprimis in *d. l.* 9. *h. t.* exempla varia actionis in factum referuntur, in quibus damnum in corpus ipsum palpabile datur, etiam de homine necato, quod exemplum §. *ult. h. t.* ad actionem utilem refertur, et tamen in *d. l.* §. 2. actionem in factum parere dicitur. Scilicet, in factum actiones aliae civiles, aliae sunt praetoriae. Nam generaliter in factum actiones dicuntur, quae cum certo nomine legisque principio careant, secundum aequitatem *facti* ipsius pariunt actionem, interpretatione JCtorum aut extensione Praetoris, *l.* 11. *de Praescr. verb.* JCti verecundius et quam proxime ad verba Legum: Praetores, qui publicam juris statuendi potestatem habebant, audacius et longius ab stylo scriptoque Legum. Utraeque actiones ad utilitatem civium usuique forensis constituuntur. *d. l.* 11. Sed quas JCti tradunt, hae κατ' ἐξοχὴν utiles, Praetoriae magis in factum appellantur, licet utraeque et utiles et in factum sint: hinc patet conciliatio, quod modo utiles, modo in factum actiones, exiguo vel nullo discrimine vocantur. Et haec quidem differentia actionum directarum et utilium, toto jure insignem habet usum; ut directae sint, inquam, quae ex verbis legum *et* propria cujusque negotii natura veniunt; utiles, quae ob affinitatem, rationisque paritatem JCtorum interpretatione ad agendi facultatem productae sunt: Quid actiones in factum differant a praescriptis verbis actionibus, *alibi* trademus.

TIT. IV.

DE INJURIIS.

I. Definitio injuriae ejusque exegesis. II. Divisio, *et quae realis. III. Quae verbalis. IV. Quatenus per alios actio injuriarum nascitur. V. poena injuriae. VI. Quae fuit injuriae poena ex L. XII. Tab. VII. Qualem poenam Praetores introduxerint. VIII. Quae actiones aliae de injuriis dentur. IX. De modis quibus tollitur injuriarum actio*, *ubi de dissimulatione et remissione. X. Caeteri modi quibus haec actio tollitur.*

(a) De vocabulo injuriae agit ἀκριβῶς in hoc *pr.* Imperator, non sane pro consuetudine sua. *Generaliter*, inquit, *injuria dicitur omne quod non jure fit*; atque ita tres iterum significationes diversas comprehendit: Nam ut ὕστερον πρότερον eas exequamur, omnis *iniquitas et injustitia* dicitur injuria, πᾶσα ἀνομία καὶ ἀδικία: quanquam ut haec significatio differat a generali, parum video, nisi limites eam, quatenus adversus alium committitur, quo sane exemplum a Caesare memoratum, de judice, qui contra aliquem injuste pronunciat, pertinet; cui minime obstat, quod Praetor etiam cum inique decernit, jus reddere dicitur, *l. pen. de Just. et Jur.* hoc enim ad effectum rei judicatae, quae jus victori tribuit, non ad injuriam judicantis tollendam pertinet. Altera significatio est, qua culpam notat injuria, licet dolus absit; ἀδίκημα, vel potius ἁμάρτημα, veluti in Lege Aquilia damnum injuria datum accipitur. Postremo contumelia, quae a contemnendo dicta est, vocabulo injuriae exprimitur. *d. pr. h. t.* Et in hoc sensu verissimum est, quod Ulpianus in *l.* 1. §. 3. *in fin. de Injur.* scribit ex Aristot. *lib.* 5. *Ethic. c.* 11. volenti non fieri injuriam; nihil obstantibus quae contra moventur a D. Wissenbachio *disp.* 43. *ad Instit. th* 3. Equidem si injuriae vocabulum de quavis ἀνομίᾳ καὶ ἀδικίᾳ sumatur, non est dubitandum, quin aestimatio injuriae non pendeat ex voluntate patientis, sed ex regulis justitiae sit metienda. Aristot. autem, quando ita dixit; ἀδικεῖται δ' οὐδεὶς ἑκών, *nemo sponte injuriam patitur*; id respectu patientis et juris quod ei sit comparatum, loquitur, non de eo quod in se bonum atque justum sit. Jam in posteriore sensu, quando injuria exponitur per contumeliam, definimus eam, quod sit; *Delictum in contumeliam alterius dolo malo admissum.* Alii distinguunt injuriam a contumelia. Sic Augustinus *Confess.* 3. *c.* 8. Sive per contumeliam, inquit, sive per injuriam Seneca explicatius *lib. in sapientem non cadere injur. cap.* 10. *Contumelia est minor*, inquit, *injuria*, *quam queri magis quam exequi possumus*, *quam Leges quoque nulla*

(a) *Pos.* 4. *et seqq.*

dignam vindicta putaverunt*: *Hunc affectum contrahit humilitas animi*, *contrahentis se ob factum dictumque inhonorificum etc. cujusmodi exemplum dein refart Senatoris, qui a Corbulone in senatu appellatus contemptim strnthiocamelus, lacrymis fleverat. Sed JCti inter contumeliam et injuriam contemnendi causa factam, non distinguunt, *l.* 5. §. 1. *ad L. Aquil.* *l.* 27. §. 4. *de pact.* ubi, *injuriarum actio nascitur ex contumelia.* Dictum est in definitione, *dolo malo* admissum, quia non censetur admissa injuria, nisi animus adsit malitiosus et injuriosus; nam sicut furtum et rapina, sic etiam injuria ex affectu facientis aestimatur. *l.* 3. §. 1. *h. t.* *Dolo malo*, non quovis, sed cum animo injuriae faciendae, nam si astrologus aut illicitae divinationis magister ex arte licet nefaria consultus, aliquem furem esse, qui non erat, dixerit, Injuriarum non tenetur, aliter puniendus *l.* 15. §. 13. *h. t.* Magistratus potestate sua abutentes in contumeliam aliorum, non sunt liberi ab hac actione, sed tantum, si quid Reip. causa secundum bonos mores fecerint, *l.* 32. *et seq. h. t.* Caeterum a parte patientis, animi consilium aut conscientia non requiritur; siquidem furiosi et infantes injuriam quoque patiuntur, *l.* 3. §. 1. *et* 2. *h. t.* Etiam recte agit injuriarum, qui laesus est a te, cum tu alium esse putares; si respectu alterius istius etiam fuisset injuria; Quod si persona, quam se laedere putabat, fuerit talis, ut in eam non cecidisset injuriae reputatio, tum quoque in ipso laeso non videtur esse injuria, ut si tuum servum verberare credens, hominem liberum percusseris, *l.* 3. §. 4. *h. t.* Quoties autem dicta vel facta sunt ejusmodi, ut ex eorum proprietate institutoque hominum, prae se ferant injuriae interpretationem, tunc etiam adversus reum praesumptio in deterius colligitur, ipsique probatio incumbit, *l.* 5. *C. h. t.* *et l.* 1. *C. ad L. Cornel. de Sicar.* ni saltem ex circumstantiis probabilibus verisimile fiat, jocandi animo fuisse factum, dictum; modo non sint asperae facetiae, quarum in altitudinem residere solet memoria, de quibus Tacitus 15. *ann. c.* 68. De jocis innoxiis haud dubie nemo tenetur *d. l.* 3. §. 3. Potest etiam fieri ut juramento purgationis, quod dicitur vulgo, sit locus, quae res ab Judicis arbitratu pendet. Denique, si quis per injuriam provocatus in continenti injuriam retorserit, * is doli quoque expers, magisque pudorem suum purgasse quam alteri insultasse videtur, l. 25. *de Procurat.* eoque pertinet quod in *l.* 14. §. 6. *de bon. libert.* est scriptum; Ignoscendum esse si qui se voluerit ulcisci provocatus: Interim est alia quaestio, satius ex ratione et Lege Christi agat, qui injuriam retorquere quam pati mavult; saepe enim aliud judicis officium, aliud privati litigantis conscientiam dictare, mox in hoc ipso capite ex occasione videbimus, atque ita nos nihil morantur, quae D. Wissenbach. contra istam sententiam refert *disp.* 4. *ad Instit. th.* 4. *et* 5. vid. tamen Tuldenum *ad tit. C. de injur. n.* 4.

Scholium.

Quaeritur nimirum, an retorsionem salva conscientia adhibere possim quae quaestio uti inter JCtos et Theologos hodiernos ventilatur, ita sententiam meam dedi ad Strauch. XIX. 15. pag. 261. *Autor eos, qui putant non salva conscientia eam adhiberi, sibi et legibus non contradicere ait, quod leges saltem de extrinseca impunitate, non de justitia intrinseca loquantur. Et recte quidem, nisi quod de lege Christi immiscet, flosculus sit alterius doctrinae, quem non agnoscimus, utpote quibus firmiter persuasum est Christum non fuisse novum Legislatorem.*

* Hanc injuriae verbales in injuriantem rejiciendi licentiam confirmavit *Dec. El.* 85. sive fiat (1) verbis, sive scriptis. *d. Dec.* verb. *mundich oder schrifftlich. in Busem schieben und* retorquiren, sive (2) ab ipso injuriato, sive per Notarium et testes retorsio insinuetur, Philipp. *ad d. Dec.* 85. *Obs.* 4. *n.* 18. *seq.* dummodo is, qui hoc remedio uti cupit, id faciat (1) in continenti, non ex intervallo, *auf unverwandtem Fuss, und so bald er es vernimmt oder erfahret, dass er in seinem abwesen geschmahet sey* Carpzov. *P.* 4. *C. El.* 47. *def.* 11. *n.* 4. Id. *Pr. Cr. Qu.* 97. *n.* 25. Struv. *de Vind. priv.* c. 10. *aph.* 9. *et* 11. Berlich. *p.* 3. *concl.* 59. *n.* 55. (b) proportionate, nec retorsionis excedat terminos, unde dicta Decisio Electoralis permittit retorquentem uti formula: *Dass* N. N. *als ein redlicher Mann die Wahrheit gesparet, und hingegen die Unwahrheit gebraucht habe.* Item: *Er hielt ihn so lange selbst vor einen solchen Menschen, wofur er es ihm bavviesa* conf. Struv *l. c. aph.* 10. Richt. *Vol.* 2. *decis.* 92. *n.* 18 Carpz. *Prax Crim. qu.* 97. *n.* 26. *seq.* Retorsio autem retorsionis *d. Dec.* prohibetur j. Philip. *ad eamd. Dec.* 4. Richter *l. c. n.* 19. nec in injuriis realibus locum habet retorsio, aut contra libellum famosum, Carpzov. *p.* 4. *c.* 44. *Def.* 7. Jure Saxonico noviori remedium retorsionis prorsus sublatum est, cujus rationes ipse Legislator *in Edict. d. Duell.* §. 22. ita reddit: *Als wollen wir. etc. das sonst. auf. gewisse Masse in der* 85. *neuen* Decision *verstattete Mittel der* Retorsion, *welches insgemein mit vielem* Excessen *beleitet ist, und nur zu mehreret Verbisterung, auch neuen Klagen Anlas giebt, nich minder der Autoritat, und dem* Officio Judicis *selbst entgegen stehet, auch mit denen Regeln des Christenthums nicht wol ubereinstimmet, ganzlich aufgehoben haben.*

RESPONSIO.

Nos aeque tenemus Christum non fuisse novum legis conditorem; nec tamen ideo dubitamus, quin ipsi Apostolisque ejus injuriarum retorsio displicuerit, ut satis diserte exponunt Matth. V. v. 39. et 44. Rom. XII. ℣. 14. 1. Petr. III. ℣. 9. *Quo tamen praecepto non tollitur vetus talio Mosaica; Sed abusio ejus in privatis offensionibus coercetur. Videndum, ne nos reos faciamus Evangelii ad morem seculi potius quam ad Christi domini mentem trahendi.*

N. ADDIT.

Imo vero videndum, ne Evangelio abutamur ad tollendam Politiam et inde extruamus leges certas, forum certum, nomine internum et spirituale, re ipsa seculare et externum. Ista enim methodus pertinet ad arcana Papismi. Non miscendum officium Doctoris et Imperantis. Hic multa tolerat, quae abolenda esse illi docent (1).

Similis est eorum ratio, qui ad reprobandos testes contra se productos aliquid objecerint, quod forsitan probare nequeant; siquidem non offendendi laedendique, sed defendendi sui causa id objectasse credendus est, ut tamen nimis aperta falsitas atque calumnia nentiquam impunita maneat. vid. Gail. *l. 2. Observat.* 100. *l.* 12. *h. t. l.* 44. *de jure fisci.* Covarruv. *l. var. resolut.* 11. *n.* 6. Dissentit. Tulden. *ad tit. C. de inj. n.* 3. Quid si per ebrietatem * iraeque ** nimium calorem dictum aliquid factumve sit contumeliose? Tuldenus eodem loco inter facta dictaque distinguit; ut illa non excusentur ebrietate irave subita, secus in dictis, modo statim fiat revocatio; quod equidem de hodierna παλινῳδίαν poena concesserim, de mulcte pecuniaria nequaquam, nisi tales circumstantiae sint, quibus alioqui ebrietas aut calor stomachi a poena debitorem liberet: ut tamen hoc verum sit, facilius illa vitia in levioribus excusari quam in gravioribus *arg. l.* 11. *de in jus voc. l.* 11. §. 2. *de poen.* Quid si verum crimen objectum sit? Dicendum, si per iram et rixam objiciatur, locum esse huic actioni, nisi insigniter Reipubl. intersit illud crimen detegi, aut aliae boni moris circumstantiae objectam injuriam probent vel absolvant. *l.* 18. *de injur.* Tulden. *Cod. h. t. n.* 6. Plures in utramque partem hujus sententiae auctores, vide apud Sandium *l.* 5. *tit.* 8. *def.* 9. adde D. A. Matth. *Comm. de crimin. pag. prim. edit.* 117. *et seqq.*

2. (b) Dividitur injuria a modo quo infertur, in realem, verbalem, et quae literis fit. Realis est, cum quis verberibus aut alio quovis facto vel gestu indigne afficitur, maxime quando manus inferuntur, veluti cum *quis pugno pulsatus aut fustibus caesus vel etiam verberatus erit.* §. 1. *h. t.* Verberare et pulsare differunt in L. Cornelia, quod pulsare sit absque dolore, verberare est cum dolore caedere, *l.* 5. §. 1. *de injur.* quanquam saepius haec vocabula confunduntur. *l.* 4. §. 13. *de vi bonor. raptor.* At in hoc §. 1. verberandi vox diverso adhuc sensu ponitur; etenim τὸ fustibus caedere fit etiam cum dolore; Theophilus illa tria Justiniani sic reddidit, ὁπότε τις πὺξ, ἢ ῥάβδοις ἢ ἱμάντι τυπτηθῇ *quando quis pugno, aut virgis sive fustibus aut loris fuit caesus*, ut tum verberare significet flagris caedere, quod erat maxime servile, unde servilia verbera. *l.* 7. *de poen.* Saepe fit etiam realis injuria sine manuum illatione, veluti, cum quis bona alicujus quasi debitoris, qui nihil debebat, possedit; si quis patremfamilias aut praetextatum praetextatamve, id est puerum puellamve, a togis praetextis ita dictas, adsectatus fuerit impudicitiae causa, *d.*

(b) *Pos.* 10.

(1) *Non admodum civilis est haec N.* Christ. Thomasii additio. *Fatendum officium doctoris et imperantis miscendum non esse, nec a judice puniendum, qui per injuriam provocatus, in continenti eam retorsit, sed alia plane est quaestio, uti Auctor ait, an retorsionem salva conscientia adhibere possis, multa sunt quae conscientia dictat, nec tamen in foro externo urgeri possunt. Quid, nonne et virtutes et intentio agentis ad forum conscientiae pertinent? Quin et ipse D. Paulus, doctorem agens, poenam comminatur avaris et ebriosis* 1. ad Corinth. cap. 6. v. 10 *quos tamen nemo dixerit in foro externo puniri. Si haec sint, quae Thomasius vult, ad arcana Papismi pertinere, utique dicendum, haec arcana doctrinae et exemplo Christi Domini exacte convenire.*

* Ebrietatem injuriam quandoque tollere, quandoque minuere etiam Saxonici JCti statuunt, vid. Carpzov. *p.* 4. *C.* 12. *D.* 10. Aliud autem sentiendum in Electorali Saxonia videtur postquam Potentiss. Rex novissimo Mandato cavit. ebrietatem in his delictis ne quidem ad mitigandam poenam delinquenti prodesse debere, vid. *das erneuerte und geschärffte Mandat wieder die Selbst Rache, Friedens Stohrungen und Duelle*, d. an. 1712. praesst. verb. *insonderheit vor Vollsauffen, als welches, wie es an sich selbst sündlich, also in keinen verbrechen zu linderung der Straffe dienen, sonderen allenthalben, als ob es vorsetzlich geschehe angenommen und bestraffet werden soll.*

** Adde dictum Mandat. Potent. Regis nostri §. 11. ex quo apparet eum qui reali injuria ab altero affectus (*mit Hand oder Faust. Schlagen*) alterum in continenti sentica aut baculo percussit, aut vulneravit, mitius quidem, quam alias, coerceri, per tres menses tamen in carcere detinendum esse; Deprecatio quoque hoc casu cessat.

§. 1. *h. t* si quis alium vexandi eausa in jus vocet, *l.* 13. §. 3. *h. t.* si quis in iovidiam alterius vesto lugubri utatur aut squalida, vel si barbam demittat capillosve submittat. *l.* 15. §. 27. *eod.* Quae res ad ootlssimum morem veterum spectat, quo non modo rei oriminis, sed et ooioes sanguioe vel affinitate propinqui, miserationis oaptandae gratia, vestem sordidam ioduere, barbam alere, eapillum submittere solebant, ut locis auctorum adductis ad *d* §. 27. probat Gothofredus; adde *l.* 39. *eod. tit.* ubi modus huio rei statuitur. Si quis igitur tali habitu sordldatus in publieum prodierit, quasi alterius periculum lugens, cum is non esset reus, hio merito injuriae accusabatur. Senecs 10. *declam.* 1. *Sordidatus es, non queror, sed si sordes tuae invidiam mihi concitant, queror.*

3. Sequitur verbalis injuria, quae fit eonvicio, hoc est *ἡνίκα τις ἐν ἐπισήμῳ τόπῳ τῆς πόλεως ὕβριν ἐπαγάγῃ μοι, ὥστε καὶ ὄχλον ἐντεῦθεν συναχθῆναι*, *quando quis in eelebri loco eivitatis injuriam mihi infert, ita ut concursus inde fiat hominum*, Teoph. *h. t.* convicium eoim quasi convooiuin appellatur. *l.* 15. §. 4. *h. t.* Qoicquid igitur io coetu dicitur, id est convioium, reliqua non proprie couvicia, sed maledicta, vel iofamandi eausa dicta intelliguntur. *d. l.* 15. §. 11. *et* 12. Actio sutem iojuriarum sine dubio de omni dieto, contra bonos mores in alicujus infamiam ot iovidiam sparso, datur, *d. l.* §. 2. §. 5. *et* §. 25. ita nempe, si rumor inde publicus oriatur; nam secrets obtrectatio, non est aotioni injuriae obooxia, quia oulla tribunalis bisce querelis sufficereot exequeodis, ut monet Tulden. ad *d. tit. Cod. n.* 9. Quanquam autem in interpretaods injuria non est neoesse coostantiam requirere Philosophicam, qualem Seneoa deseribit in memorato libello, *eui titulus, Sapienti injuriam non fieri*; tameu nec gravitatem judicis decet mollibus indulgere affectibus, strepituque ioani ob muliebris convicia Praetoris aures verberari. Non facile igitur dabit actionem Judex ob id quod quis sibi eorporis, aut fortuoae vitium, veluti claudicationem, vel paupertatem objecit, nisi quid aecus ex persooarum actionumque eiroumstantiis videatur. *arg. d. l.* 15. §. 25. *et seqq.* Tulden. *d. t. n.* 7. Nam si mores bominum adeo sint alicubi perversi, ut, salvo pudore, talis inulta ferre non lioeat, Praetor, cujus officium est rixarum cohibere eausas, etiam ad hosee casus aetiooem extendet; forte etiam ad eum, si quis alteri *tu mentiris* dixerit; Imo, ut Corasius eeuset ad *L.* 13. *de servit.* ob verba: *tu verum non dicis*; quemadmodum sane Argentorati me praeseote accidit, ut aegra ferreot Germani atque ad duellum sese erumpereot, eo quod dictum erat: *verum non dieis*; iidem tamen pati se posse ferebant dieentem sibi, *hoc est falsum*; Neo privatim tantum, sed et publice ita ineptiunt. Heidelbergae cum agerem, eitatus fuit Noribergam, ad summos rei metallariae artificum Praesides socius ejus artificii, hospitis mei eontubernalis, ut causam dieeret noo vindicati eonvici, trivialis, quo alius se illum adfecisse jactabat i et quidem ille, se non posse, quin molestissimum iter susciperet, affirmabat; ni infamis, uee tolerandus io ullo eoetu hooesto haberi mallet. Habet hoc gens gravissima ex *κακοζηλίᾳ* Gallorum, quorum haec est vanitas, ut ob ineptias atrociter saeviant; quando et ipse Franciscus Rex I. in eonventu celebri Principum dixisse legitur, nou esse virum bonestum, qui mendacium sibi objectum non vindicaret armis, haud obscure perstringens Carolum V. cui ipse aliquandudum mendacii probrum objecerat, teste Bodino *lib.* 4. *de Republ. e.* 4. Sic igitur verbis fit injuria, *d. l.* 15 §. 2. *et l.* 5. *C. eod. tit.*

Literis, cum libellus vel seriptura spargitur in alicujus infamiam, *l.* 5. §. 9. *h. t.* ubi, *si quis librum*, ait textus, *ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo feeerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine*, aut etiam nomine adjecto; * nec enim excusatur crimen impudentia et audaeia. Tulden. *ad tit. C. de famos. libell. n.* 1.

4. (e) Actio iojuriarum non modo immediate, sed et mediate per eos, qui in potestate vel defensione nostra sunt, per liberos et uxores adquiritur, ita ut singulis actio seorsim competat, *l.* 1. §. *ult. h. tit.* §. 2. *h. t.* etiam moribus uostris, nec unius actio per alterius actiooem consumitur, sine periculo, ne offendatur regula, idem bis ne petatur, cum heic singulae personae de injuria sibimet aut mediate aut directe illata agant, *d. l.* 1. §. *ult.* §. 2. *h. t.* unde liquet, fieri posse ex hypothesi Juris civilis, ut ex una injuria quatuor personis actio distincta detur; mulieri nuptae, marito ejus, atque Patri mulieris et socero, quod utique

(c) *Pos.* 11. 12. *et* 13.

* Apud nos poenam libelli famosi non incurrit, qui nomen suum injuriae scriptae subjicit, secundum Hartm Pistor. *Observ.* 1. 7. *n.* 4. J. Schultes *ad Coler. decis.* 1. 4. *n.* 16. Philipp. *Us. Pr. J. l.* 4. *Ecl.* 26. *n.* 8 Finckelth. *Observ.* 3. *n.* 12. *seqq.* Carpzov. *Pr. Crim. Qu.* 98. *n.* 28 *seq.* at *P.* 4 *C.* 44 *def.* 3. licet dissent. Moller. *ad eand. n.* 6.

hodiernis moribus cessat; quatenus per nuptias Patriam potestatem solvi, notissimum * et alias dictum est. Sane mulier de injuria marito suo illata non habet actionem, ut magis praevaluit, ait Imper. *d.* §. 2. *h. t.* εἰ καί τινες ἐναντιώθησαν, licet *aliqui sint adversati*; sine dubio ex convenientia correlatorum. Sed est hic manifesta differentia: nam ratio, quae actionem viro praestat, quod uxorem a viro defendi oporteat, nihil ad mulierem pertinet, sub cujus tutela virum agere, non minus contumeliosum est, quam vivere sub uxorio imperio. (2) Nomine autem filiifam. agit Pater, ut alias extra causam peculii castrensis vere vel quasi talis, nisi quod Patre absente filius admitti potest. *l.* 17. §. 10. *et seqq. de injur.* Dominus haud facile actionem per servum adquirit, nisi perquam atrox sit injuria, vel eum respectu ad ipsum dominum illata. §. 3. *h. t.* Nam atrocior injuria in servum patrata non relinquitur impunita, tametsi de animo et contemplatione in dominum nihil fortasse liqueat, veluti, si virgis aut flagris sit verberatus, vel quaestio tormentis de eo sit habita. *l.* 15. §. 34. 35. *et* 43. *h. t.* sed debiliores levioresque injuriae non aliter de servo competunt, quam si domini respectu odioque sint commissae; alioqui de convicio alapave servo impacta, nihil actionis datur. *d.* §. 3. *in fin. h. t.* Plane ipsi servo nec de parva neque de magna injuria competere posse actionem, status servi, juris omnis civilis expers, satis demonstrat. *l.* 15. §. 44. *h. t. d.* §. 3. *in pr. h. t.* quatenus servi pro nullis et pro mortuis habeatur. *l.* 32. *et l.* 209. *de R. J.* Quod si plurium dominorum communis sit servus, omnes domini habent actionem, non singuli in solidum, sed pro partibus dominicis, *l.* 15. §. *ult. h. t.* neque tamen virili aequalitate dividunt partes, sed ut est cujusque dignitas, ita plus vel minus adipiscuntur, quemadmodum mulctae injuriarum semper aestimantur, §. 5. *h. t. et* §. 9. *h. t.* nec aliter accipiendum quod in *l.* 16. *eod. tit.* habetur; *Non est aequum pro majore parte, quam pro qua quisque dominus est, damnationem fieri.* Denique, servo fructuario et bona fide possesso injuria affecto, jus agendi domino competebat, non usufructuario bonaeve fidei possessori, nisi diserte in contumeliam ipsorum injuriam esse factam constaret. §. 5. *et* 6. *h. t. l.* 15. §. *antep. et penult. h. t.* Haec dicta sint ad §. 4. 5. *et* 6.

5. (d) Poena injuriae gravissima est ob libellum famosum, quem scripsisse, sparsisse, praelegisse, capitale est. *l. unic. C. de famosis Libellis.* Videtur et alias ex L. XII. Tabb. poena fuisse capitalis, ut colligi potest ex Augustino laudante locum Ciceronis 2. *de Civit. Dei* c. 9. quanquam mediae tempore Jurisprudentiae poena mitior usurpata, *l.* 5. §. 9. *h. t.* neque vero deest ratio severitatis adversus hoc delictum: quo enim major est spes impunitatis, eo graviorem oportet esse sanctionem, ut fiducia latendi; metu deprehensionis coerceatur; praeter quod efficacissima ratio propagandi aliorum infamiam scripto, non est indigna rigore intentiori. Haec tamen lex ita hodie temperari solet, ut tum maxime habeat locum, quando capitale crimen alicui objicitur, aut seditio movetur in Republ. ** Tuldea. ad *tit. C. de famos. libell. in pr.* Realis injuria punitur Lege Cornelia, verbalis jure Praetorio; modus autem puniendi utrobique est idem, nempe ut is, qui injuriam est passus, eam aestimet ad certam pecuniae summam; Judex autem moderetur aestimationem, secundum circumstantias facti ipsius, loci, personae, et loci vulneris aliarumque circumstantiarum.

Hae sumuntur ab ipso facto, a loco et a persona. I. A facto, id est a genere modove injuriae, quarum sunt infinitae varietates; et advertet, inquam, judex, ne ineptiis et vitilitigiis tribunalia perstrepant. Huc etiam pertinet locus vulneris. §. 9. *h. t. l.* 7. *in fin. et l.* 9. *fere per tot.* II. A loco injuriae commissae; velut

(d) *Pos.* 14. *et seqq.*

(2) *Confer Hein. in not. ad Vinnium* §. 2. h. t.

* Id quod cum apud nos per filiae nuptias semper, filii vero, quoties peculiarem oeconomiam instituit, contingat, v. *Land. R. L.* 1. a 31. *P.* 2. *C. El.* 19. utroque casu Patri actio injuriarum denegabitur vid. Menck. *Tractat. Synopt. Inst. h. t. p.* 139. Unde Patrem ob injuriam filiae maritatae agere non posse, resp. *Facult. Jur. Lips. Ann.* 1706. *Mens. Apr. et August.*

** Jus Saxonicum perinde ac Jus Imperii, de quo vid. *Ord. Crim. art.* 110. libelli famosi poenam constituit talionem, id est eam, quam meretur delictum alteri falso imputatum. *P.* 4. *C. El.* 44. vid. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 98. *n.* 13. Hopp. *ad* §. 1. *Inst. h. t. Us. hod.* Non tamen capitalis, sed fustigationis, aut relegationis tantum, aliave arbitraria poena eodem Jure obtinet, (1) si, qui proposuit libellum famosum, criminis quod alteri objecit, veritatem probet, *d. C.* §. *Ordnen.* ibique Carpz. *def.* 8. Heig. *P.* 2. *quaest.* 31. *n.* 44. Phil. *Us. Pr. l.* 1. 4. *Eccl.* 27. §. 7. j. Mynsing. *Cent.* 4. *obs.* 4. (2) in eo, qui libellum famosum tantum propalavit, Carpzov. *Pr. Crim. l. c. n.* 21 *seq.* Philipp. *l. c. n.* 6. *d.* (3) si aliae circumstantiae concurrant, e. g. tempestiva Poenitentia, etc. Carpz. *d. l. n.* 58. *seq.* Philipp. *d. l. n.* 9.

si in foro, * in templo, vel domi cujusque propriae ** fiat *d.* §. 9. In loco secreto facta obtrectatio vel exprobratio, non parit actionem, dix. e Tulden. *ad h. t. C. n.* 9. convicium dicitur in conventu *l.* 15. §. 4. et ad infamandi causam pertinere debet. *d. l.* 15. §. 5. *in f.* *et* §. 25. III. *A personis* est praecipua diversitas, tam eorum qui faciunt, quam qui patiuntur, velut, si Magistratus, *** vel senator ab humili persona contumeliam acceperit; si doctor, si Verbi divini Minister eorumque matresfam. si feminae praegnantes, etc. *d.* §. 9. *d. l.* 7. §. *ult. h. t. et l.* 4. *C. eod.* Exod. XXII. v. 28. Moribus gentium aestimatio partis laesae obsolevit; †. mulctae singulis fere injuriarum speciebus impositae sunt; quae ob id genus circumstantias, augentur in duplum, triplum et ultra: quandoque Poena quoque libelli famosi jure civili capitalis est, *dict. l. un. C. de fam. libell.* moribus extraordinaria est pro circumstantiis. §. 10. *h. t.*

SCHOLIUM.

Nostris moribus sane actio aestimatoria est usus fere quotidiani. Autoris igitur assertio intelligenda de moribus Frisiae. vid. Wissenbach. th. 27.

RESPONSIO.

Intellexi gentes, quae certas mulctas singulis injuriarum speciebus imposuere, cujusmodi plures sunt. Si scholiastes intelligit expetitiones mulctarum, quae actorum arbitratu fiunt in conclusionibus libellorum, saepe legis ultra modum, ea nostris quoque inusitata non est: Verum ejus ratio non habetur ubi lex quantitatem praescribit. Plura dicentur inferius.

6. Quae fuerit olim poena, non tacet Justinianus in §. 7. Ex lege XII. tabularum propter membrum quidem *ruptum*, id est abruptum, talio erat; propter os fractum, id est quamvis laesionem citra membri ademptionem, nummariae poenae; talio parem vindictam significat, non ita, ut eam D. Wissenbach. *disp.* 43. *th.* 8. describit, aequalia peccata aequalibus poenis, gravia quidem graviter, levia leviter coercendo; nam ita fit omnium aestimatio delictorum, sed ut Lege Mosaica praescribitur, Exodi 21. ℣. 23. *et seqq. vitam pro vita, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede, ustionem pro ustione, vulnus pro vulnere, tumicem pro tumice*; et Levit. 24. ℣. 19. *quemadmodum fecit, sic fiat ei: prout intulerit corporis vitium homini, sic infertor ei.* Idem repetitur Deuteron. XIX. v. ult. Caeterum, eo modo talionis illius ineunda est ratio, ut ejusmodi evitentur incommoda, qualia Favorinus movet apud Gellium *lib.* 20. *c.* 1. nedum id genus absurda, quae Pythagoricae talioni, nescio an merito, imputantur; exempli gratia; Clodius Pompejam Caesaris adulteravit; Ergo pati debet ut Caesar ipsius uxorem corrumpat. Est qui auri pondo tot suffuratus est alii, proinde tantundem alter ipsi eripiet, quomodo refert D. Wissenbach. *d. disp.* 43. *th.* 8. Sed apud Romanos non erat necessaria talionis poena, Reus enim pacisci poterat cum injuriam passo; pacisci nolens talionia damnabatur; nec tum quidem pati cogebatur, verum Judex talionem recusanti litem aestimabat, atque sic omnia in mulctam pecuniariam resolvebantur, ut docet Caecilius Jctus apud Gellium *loco citato.* Haud temere Favorinus *ibidem*, nummarias poenas propter os fractum reprehendere videtur, quae XXV. assibus erant definitae, *quis enim erit tam inops, quem ab injuria facienda viginti quinque asses deterreant?* ait Philosophus, additque exemplum; *L. Neratius*, inquit, *fuit egregie homo improbus atque immani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur crumenam plenam*

* *Nov. Mandat. de Duell.* §. 9. Injuriae reales in locis privilegiatis, ut residentiis, curiis, cancellariis etc. templis, auditoriis, praefecturis etc. illatae ita coercentur ut ordinaria earum poena incarcerationis pro quarta parte augeatur, manusque delinquenti, *wenn der Burg-Friede gebrochen*, amputetur.

** Sic quoque atrocior fit injuria, et eodem mandato punitur, ut ordinaria carceris poena *um die Helffte steigt.* d. Mandat. §. 10.

*** Jure Saxon. Elect. si injurians primi ordinis sublimisque dignitatis, de qua vid *Mand. d. Duell.* §. 1. sit, injuriamque, vel verbis, vel gestu superiori suo ac magistratui intulerit, deprecationem et recantationem simul carcerem 6. mensium subire jubetur, *d. Mand.* §. 4.

† Actionem injuriarum aestimatoriam Jure Saxonico, quod ante Edictum de Duellis erat, non obsolevisse, non modo usus fori ostendit, vid. Carpzov. *Prax. Crim. qu.* 95. *n.* 5. et Philipp. *Us. Pr. Inst. L.* 4. *Ecl.* 30. *n.* 10. ubi praejud. sed et ex ipsis Legibus Electoralibus apparuit. Ita Ordinatio politica de Ann. 1661. tit 5. *Von.* Injurien, *Schanden und Sinmahen.* §. 7. verb. *sondern entweder auf. eine andere Geld-Busse, so er anders seinen Ehren dadurch gerathen zu seyn vermeynet* ib §. 7. verb. *wolte ehr der Beleidigte lieber* ad aestimationem. Ex quibus at §. 15. simul constabat, non posse partem laesam actionem aestimatoriam cum actione ad palinodiam cumulare; adde Rescript Divi Joh. Georgii I. *de ann.* 1637. *ad Scab. Lips.* et Carpzov. *P.* 4. *C.* 42. *Def.* 16. Sublatus tamen videtur aestimatoriae actionis usus *per Mandatum* Noviss. *wieder die Selbst-Rache.* d. 1732 cum ibi omnes solemnes at formales injuriarum actiones, *ordinationi Politicae d. a.* 1661. *t.* 5. §. 5. probatae, sive ad aestimationem, palinodiam, sive aliam in rationem instituantur, abrogatae sint. *d. Mand.* §. 22. In Ducatu Magdeburgico usus Actionis injuriarum aestimatoriae per emendat. Ord. Process. *tit.* 50. §. 10. sublatus est.

assium portant, et quemcumque depalmaverat, numerari statim secundum XII. tabb. quinque et viginti asses jubebat. Atque ut mali mores plerumque bonis legibus ortum suppeditant, *Praeterea*, inquit, *Praetores postea hanc Legem abolescere et relinqui censuerunt, injuriisque aestimandis recuperatores se daturos edixerunt.* Sed partem absurditatis hujus occupat Justinianus in hoc §. 7. *quasi in magna veterum pnupertate*, sit, coi addo quod Caecilius *d. Lib.* 20. *c.* 1. Gellii suggerit, in illa ipsa paucitate assium grave pondus aeris iuisse, *Nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est*, ut singoli asses libram aeris penderent, unde sestertius, qui tenebat asses duos cum dimidio, sic scribebatur LLS. hoc est, duae librae cum semisse: quae literae postea sic notari coeperunt, ut hodieque passim extant, Hs. Ergone XXV. asses erant XXV. pondo aeris? Robustum Neratii servum et immanem ervmenam toties XXV. libras aeris contineotem! sed de hoc *alias*. Caetorum est ita, quemadmodum Caecilius idem tradit, *Legum opportunitatos et medelas pro temporum moribus etc mutari atque flecti, neque in uno statu consistere, quin ut facios coeli et maris, ita rerum atque fortunao tempestatibus varientur.*

7. Poena injoriae, quae ex Lege XII. tabularum introducta est, io desuetudinem abiit, alia vero, quam Praetores introduxerunt, postea in Judiciis est frequontata; ut unaquaeque iojuria aestimetur certa pecuniae summa, quae crescat aut minuatur, secundum gradus dignitatis vitaeque honestatem, qui gradus per analogiam in servorum quoque personis sunt observandi *d.* §. 7. *l.* 15. §. 44. *h. t.* Atque ut Theophilos παραφράζει, injuriam passis permittitur aestimare suam injuriam quanti velint; forte si dicat, hanc ego injuriam ne qoidem pro centum aureis pati vellem, et hanc quantitatem Judex aliquando approbat, aliquando infra eam subsistit, prout ipsi visum fuerit. e. g. Quae injuria Senatori illata, centum et quinquaginta nummis mulctatur, ea in privatu centum aestimabitur; at in homine minus honesto quinquaginta dumtaxat. Ita fere Theophilus: atque ita civiliter de injuriis agi mos erat.

8. Dein Lex Cornelia de gravioribus injoriis lata est, qualia, si domus alicujus vi sit introita, vel pulsatus aliquis sit aut verberatus, adeoque omnis injuria, quae manibus infertur, huc pertinebat. *l.* 5. *D. in pr. de injur.* Etsi autem criminalis animadversionis ergo haec Lex praecipue lata videatur, tamen et civiliter, aestimatione Judicis officio facienda, potest agi. *l.* 37. §. 1. *h. t.* Ex quibus jam colligitur, jure Praetorio non tantum de verbalibus injuriis, sed et oliis levioribus agi; verum de iis quae manu fiunt, aliisque gravioribus, publicatam esse Legem Corneliam. In utroque autem civili Judicio aestimationem fieri κατὰ τὸν βαθμὸν τοῦ ἀξιώματος, τὸ ἀξιόπιστον τῆς πολιτείας τοῦ ὑβρισθέντος, *juxta gradum dignitatis et existimationem, quam is, qui injuriam passus est, habet in civitate.* Caeterum, superior discretio ad applicationem mulctae faciendam partibus laesis dirigebatur, eoque respectu diversitas personarum considerabatur. Sed alio sensu, personae quoque ratione, injuriae distinguuntur, ut leviores aut graviores, prout sunt magis minusve dignae personae, censeantur. Gravior est injuria, si Magistratus aut Verbi Divini minister, aut Nobilis et spectatus vir, a privato vilique homuncione, quam si bajulus aut quilibet privatus ab insigni viro injuria afficiatur. Sunt et aliae circumstantiae quibus delicti aestimatio crescit; atrocius enim est caedi fustibus aut vulnerari, quam os depalmari. *Locus* huc etiam pertinet, veluti cum quis in templo, vel theatro medioque foro, indigne est habitus, denique locus vulneris, ut, si qois in oculo percussus fuit, maleficii poenaeque facit incrementum, ut Imperator in §. 9. ibique Theophilus, adde *l.* 7. §. *ult. et l.* 9. *h. t.* ubi et illud, pater an filiusfamilias sit aliquis, nihil praestare; nec inter virum atque mulierem distingui legimus: etsi non est abs re statuere, quod et Judicem aliquam sexus oportet habere rationem: quatenus improbitas odiumque injuriae crescit ex eo, quod quis debilem suique defendendi impotem violaverit. Statuta Frisioa *lib.* 2. *tit.* 2. §. 23. inter personas, quarum respectu mulctae injuriarum duplicantur, etiam referunt mulieres sive matronas atque puellas; denique praegnantes triplo vindicantur. Metuendum erat, ne si Justinianus hoc ita sanxisset, ei ab acutis censoribus, quos habet ex Interpretibus suis nimium multos, exprobraretur, quod ab Theodora subactus mollioris sexus honori sic consulendum putaverit. Sed parum abest, quin praerogativa nostratium matronarum usus forensis interpretatione penitus enervetur et infringatur. Sic enim Vir Ampliss. D. Saakma in notis *MS.* memorat, id quod de mulieribus in statuto sancitur, tantum de Nobilibus et spectatioribus matronis accipiendum, quasi vox *vrouvven*, in *d.* §. 23. per sequentem, *ofte matronen*, qua voce primariae feminae vernaculo usu significentur, et sic per *vel* exegeticum restringeretur, quomodo et judicatum refert D. Saakma. Atqui illo intellectu nihil praecipui mulieribus tribuitur, sed tantum viris pari conditione fortunae utentibus adaequantur. Alioqui posset aliquis ita existimare, in his verbis, *vrouvven ofte matronen ende jonge*

Dochters; hunc inesse sensum; oppositionem esse inter mulieres ouptas et ionuptas; cum vox *vrouwen* sit geoeralis, conveniens ouptis et innuptis, oam limitari, addito, *matronen*, qua voce nuptas honeste viventes latius intelligi, satis constat. Sequuntur puellae, de quibus eamdem teneri distinctionem, non meminit D. Saakma, oeque de praegnantibus eam observari sana ratio permittit. Caeterum, moribus hodiernis aestimatio a partibus laesis, quemadmodum jure civili praecipitur, non fit, verum singulis injuriis mulctae statutis sunt impositae: sicut in Frisicis Statutis fit accurate in *d. tit.* 29. Sed est alia moribus hodiernis injuriarum actio, quae verbali tantum injuriae convenit; quaque ad παλινῳδίαν sive recantationem agitur. Sitne autem haec actio civilis, an criminalis, mox inquiretur. Sed hoc res ipsa loquitur, tametsi quis ob vera convicia, quemadmodum supra diximus, ita teneri possit, eum tamen ad παλινῳδίαν publicamve revocationem nequaquam teneri, ut bene tradit Sandius, *lib.* 5. *decis. tit.* 8. *decis.* 7. neo etiam aequum est adigere ad παλινῳδία eum, qui verba injuriosa animi commotione prolata, ante litem contestatam revocare paratus est, ut idem judicatum refert *dec. seq.* Imo parum abest, quin ab usu fori παλινῳδία penitus recesserit, * exemplo juris Romani quo ignorata fuit: neque non durum videtur dicta temere objecta sic luere, si valde atroces circumstantiae diversum non expresserint.

S c h o l i u m.

Apud nos autem, Saxones, actionis hujus usus adhuc floret.

8. (e) Quod in *pr. tit. de obligat. quae ex delict.* diximus, ex privatis delictis agi posse duobus modis, civiliter ** atque criminaliter, *** hoc etiam de injuriis affirmat Imperator in §. 10. *h. t.* ita ut in criminali accusatione judicis officio extraordinaria poena pro meritis circumstantiarum infligatur, *d.* §. 10. *l. ult. h. t.* in qua parte commemorandum putavit Caesar in *d.* §. 10. quod in Institutionum libello minus necessarium videbatur, personis illustribus licere etiam per Procuratores actionem suscipere vel persequi, cum alioqui criminalis accusatio per alium exerceri nequeat, idque ob inscriptionem in crimen, per quam accusator se ad poenam talionis obligare debet, si calumniatus deprehendatur, *l. ult. de furt.* quemadmodum id alias docebitur; soli, ut dictum, Illustres, quique super eos sunt, excipiuntur a necessitate in sua persona experiundi injuriarum. *l. ult. C. h. t.* Repetendae sunt hoc loco duae quaestiones, quas in capite de furtis tetigimus. Una, deturne accusatio extraordinaria de modicis

(e) *Pos.* 19. *et seqq.*

* Sed hanc quoque actionem Jure et consuetudine Saxoniae non sublatam esse, *P.* 4. *C. El.* 42. *Ordinat. Pol. l. c.* § 5. et 7. evincunt, dum injuriam atrocem passo facultatem largiuntur hac actione utendi. Philipp. *Us. Pr. Inst. L.* 4. *Ecl.* 22. Carpzov. *et* Moller. *ad d. C.* Carpzov. *Pr. Crim. Qu.* 96. *n.* 11. *seq.* Berlich. *p.* 5. *Concl.* 62. soletque reo haud raro extraordinaria simul poena imponi, *v. d. P.* 4. *C.* 42. et Philipp. *l. c. n.* 11. Carpzov. *ad d. C. def.* 1. Interim recantatoria actio eodem mandato §. 22. *in Sax. Elect.* abrogata est, utut injuria adfecto et denuncianti integrum sit, deprecationem aut revocationem pro discrimine factae injuriae desiderare, ac simul petere, qua poena statuta injurians, methodo *in* §. 22. praescripta observata, excipiatur. Cum autem verba *d.* §. 22. solum de ordinario ac solemni procedendi modo in actione ad Palinodiam abrogatam, acciperentur, *noviori mandato d.* 1716. *d.* 4. *Mart.* declaratio secuta est, et tam ordinaria quam summaria in hac actione procedendi ratio interdicta ita, ut de simplici et plano, sola rei veritate inspecta, *nach Art des Rugen-Processes*, hic quoque deprecatio injurianti injungerentur. Caeterum cum recantatio Jure Saxonico famam quadammodo sugillet, salutarem esse ejus in sententia condemnatoria factam reservationem, monuit Carpz. *Pr. Crimin. qu.* 94. *n.* 80,

** *Mandato novissimo* in Saxon. Elect. singularis, injuriarum causas tractandi methodus praescripta fuit, quam ipse §. 22. vocat *den Rugen-Process*; Scilicet Injuria adfectus denuntiationem adductis necessariis circumstantiis, nominibus testium, specificatione ad delictum pertinentium documentorum refertam, vel oretenus vel in scriptis offert; Quo facto denunciatus sub poena confessi et convicti in propria persona ad comparendum citatur, spatio 14. dierum ipsi indulto, atque si injuriam neget, antequam pro re nata ad purgatorium pervenire queat, denuncianti jurata oblatae denunciationis confirmatio injungitur. Contumax denunciatus pro confesso et convicto habetur, condemnatur, ulteriorque ipsi deductio innocentiae denegatur, nisi exceptiones non rite factae insinuationis, impedimenti legitimi, et alias juste allegatas breviter et citra processus solemnitatem deducere possit. Deprehensa autem denunciationis veritate, sententia absque mora concipitur, qua denunciato pro modo convicii aut facinoris, declaratio, deprecatio, aut revocatio dictatur, is in expensas condemnatur, et desuper, vel mulcta, vel carcere vel relegatione, vel fustigatione, vel ad operas publicas destinatione coercetur, conf. *Mandat. reg. d.* 1716. *d.* 4. *Mart.*

*** In injuriis praesertim atrocibus, Jure Sax. criminali persecutioni locum esse, dubio caret. Ita gladii poenam ob injuriam graviorem magistratui illatam in reum statui, ex *P.* 4. *C.* 43 verb. *auch wohl nach Gelegenheit der Person mit dem Schwerdt. etc.* addo Moller. *ad eamd n.* 4. et Carpzov. *def.* 1. *seq.* ;. Philipp. *l.* 1. *Ecl.* 22. *n.* 9. fustigationem injurianti dictari posse, ex *P.* 4. *C.* 44. §. *f. et C.* 45. §. *f. tt. Ord. Pol. d. an.* 1661. §. 6. apparet, qui §. simul de poena pecuniaria carceris et relegationis injuriantibus imponenda cavet. conf. *d. Mand. Noviss. Regiam* §. 2. *seq. it.* §. 19. quod satis ostendit, criminaliter ex injuriis realibus et verbalibus, secundum casus ibi propositos agi posse.

minimisque etiam injuriis: Quod ego non possum in animum inducere uti credam, rationibus iisdem, quas in *th.* 5. *supra de obligat. quae ex delicto* protulimus. Inscriptio in crimen, obligatio ad poenam talionis, animadversio publica, ut alii exemplo deterreantur, res sunt ultra modum levis contumeliae, nimis quam graves. Judicii publici autoritas vilesceret promiscuis ejusmodi de rebus exiguis accusationibus. Moribus nostris sic fieri videmus; Qui passus est injuriam, agit ipse soletque etiam petere ut fiat insinuatio, quam dicunt, procuratori Generali; sed Curia non semper eam concedit; neque Procurator, ea facta, semper agit; haud alia causa, quam metu contemptus judiciis conciliandi, si quotidianis clamoribus vigorem publicae disciplinae in controversiis rerum minimarum exercere vellent. Ego rem nihilo secus apud veteres se habuisse credo. Poterat equidem is, qui passus erat injuriam adire Praesidem aut praefectum urbis et extraordinariam moliri accusationem, tam de injuriis, quam de furtis, utrobique enim est eadem ratio *l. ult. de Furt. l. ult. de Injur.* Sed magistratus minime semper inscriptiones totamque molem criminalium Judiciorum movebat; saepe fures rem simpliciter restituere jubebat. *l.* 56. §. 1. *de furt.* aut ad jus ordinarium eosdem remittebat. *l.* 2. *de fur. balnear.* extraordinaria procedebat accusatio, quoties aliquid gravius animadvertendum erat. *l.* 1. §. 1. *de extraord. crim.* In quibus verbis non inest διαςολὴ, quasi Jetus non negaret leviores injurias extra ordinem coerceri, sed gravius extra ordinem graviores puniri: nam extraordinaria judicia in hoc generaliter instituta sunt, ut quae in delictis privatis sunt atrociora, de his graviter ex causa et ex persona statuatur. *l. ult. h. t.* Quod autem viro summo Wissenbachio nostro videtur, species injuriarum, quae ibi recensentur, non esse ex gravioribus, nec esse contumeliosius fimo corrupto perfundi quam convicium audire, ego nisi id valde atrox, imo capitale, paucis ita visum iri existimo. Jam igitur textus indefiniti in *d. l. ult. de Furt.* et *de injur.* nihil obesse queunt, nisi quod Justinianus in *h.* §. 10. validius diversae sententiae auctoritatem adstruere videtur; ait enim *de omni injuria, eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter.* Si *de omni*, ergo de modica quoque seu levi, imo levissima, nam et hunc ultimum gradum vox *omnis* complectitur. Ego sic existimo; Imperatorem, postquam de singulis injuriarum speciebus aliquot versibus agit, docuitque modos agendi exequendique illas, jam de cunctis speciebus simul, tam verbalibus quam realibus, earumque variis generibus adfirmare, de illis tam criminaliter quam civiliter agere licere, minime tamen ut terminos habiles tollat, quos in criminalibus judiciis supponi, aliunde notum est; scilicet, ut res publica animadversione sint dignae.

S c h o l i u m.

Dissentit Wissenb. th. 22. *Hoc illi notent velim, qui propter injurias levissimas et vix ab homine Ethnico ad animum revocandas, criminaliter ad relegationem vel fustigationem agunt, majore hoc pacto injuria alterum afficientes, quam ab ipso erant perpessi.*

Altera quaestio erat, utrum actio civilis et criminalis elective, an cumulative concurrant, hoc est, an una post alteram institui queat, an vero una instituta evanescat altera: posterius affirmandum, rationibus *supra tit.* 1. *h. lib. sub fin.* expositis: quibus heic illa ratio peculiaris accedit, quod injuriarum actio tam civilis quam criminalis ex vindicta personali detur, quam non sit aequum bis exerceri, cum actio furti, rapinae damnique, veniat ex diminutione patrimonii, cujus ratio facilius cum animadversione criminali conjungi poterat; cum tamen ne illa quidem cumulatio Juri consentanea sit, ultro colligitur, hanc multo minus confieri posse. vid. *l.* 6. *et l.* 7. §. 1. *h. t.* Moribus hodiernis, quemadmodum cuncta Judicia Criminalia, sic etiam hoc, a Fisci Procuratoribus exercentur et est publicum; ideoque nihil obstat, quominus cum civili de eadem injuria concurrere possit; quemadmodum privatae accusationes jure civili cum publicis quoque sine dubio concurrunt. *l. un. C. Quand. civ. act. crimin. praejud.* Nihil etiam est notius hodierna praxi, quam actionem ad παλινῳδίαν sive revocationem publicam, quae, ut diximus, de injuriis verbalibus datur, cum civili pecuniaria concurrere, * quia tendunt in fines penitus diversos, nihilque inter sese commune habentes, Gail. 1. *obs.* 65. Mynsing. ad *h.* §. 1. *et* 2. *obs.* 98. nec est, accurate loquendo, vel civile vel criminale judicium, quod ad revocationem instituitur; non civile, quia non vertitur in eo patrimonii causa vel commodum pecuniarium; non criminale, quia non est publica animadversio, sed privata satisfactio; tamen si ad alterutrum genus referenda sit, magis, est ut inter civiles

* Hanc vero cumulationem apud nos non admissam. sed has actiones tantum elective concurrisse, ex *Rescripto Electorali d. Ann.* 1637. *et Ordinatione Polit. d. Ann.* 1661. *Tit.* 5. §. 5. patet Carpz. *ad p.* 4. *C.* 42 *def.* 16. add. Eckhold. *Disp. de aestimatoria injuriarum actione rei persecutoria*, §. 25. *v. supr. p.* 395. *not.* † conf. quae supra *ad. h.* §. 7. de petito recantationis cum illo, quod ad poenam injurianti juxta *Edict. de Duell.* infligendam dirigitur, conjungendo diximus.

quam criminales numeranda sit actiones. Mynsing. 7. *obs.* 98. Bachov. ad Trent. *tit. de priv. del. th. ult. lit. A.* et *ad Wessenb. h. t. n.* 16. ex *l.* 11. *in pr.* §. 3. *h. t.* Si quis uti velit ratione D. Thomasii, nihil intercedo.

SCHOLIUM.

Quid si dicamus actionem esse civilem, in qua petimus satisfactionem privatam; criminalem; in qua publicam?

Caeterum, quod in §. 11. obiter collocatur, eum, qui dolo malo curavit injuriam fieri, non minus teneri, quam si ipsemet eam admisisset, tralatitium est, pariterque in aliis obtinet delictis, ut in homicidio. *l.* 15. *ad L. Cornel. de Sicar.* et is qui jubet, damnum dare censetur, quatenus causam rei praebet. *l.* 169. *de R. J.*

9. (f) Sequuntur modi quibus actio injuriarum tollitur; qua de re sic Justinianus *in* §. *ult. h. Haec actio dissimulatione*, inquit, *aboletur:* quae autem sit dissimulatio, exponit; *et ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum non revocaverit, postea ex poenitentia remissam injuriam non poterit recolere*, ex *l.* 11. §. 1. *h. t.* non revocare ad animum dicitur, qui μὴ ἀγανακτῇ πραχθέντι, μηδὲ ὡς δεινὸν τοῦτο δέξηται, ἅμα τῷ ὑβρισθῆναι, *non indignatur ob id quod factum est, nec ut rem indignam accepit, in ipso temporis articulo quo fiebat injuria*, ut Theophilus interpretatur. Æquum enim est, ut injuria censeatur, quemadmodum is, qui passus eam est voluit, nec indulgendum ei, quod postea, forte ab aliis instigatus, velit μνησικακεῖν, maxime cum dissimulatione injuriarum nihil sit favorabilius ad pacem colendam. Praeterea, remissione * solvitur injuria, quae vel expressa vel tacita est. Expressa fit pacto vel transactione, *l.* 11. §. 1. *vers. proinde h. t.* et quidem pactum hoc efficacius est, quam alias esse solebat; siquidem abolet hanc actionem ipso jure, *l.* 27. §. 2. *vers. sed si pactum. de pact.* Enimvero tollitur eo modo haec actio; sed an is, qui transegit infamia notetur, alibi cernemus. vid. *l.* 6. §. 3. *de his, qui not. infam.* Tacita remissio fit aliis placati animi indiciis, actu externo significatis, veluti salutatione blandiori, manuum junctione, conversatione familiari, compotatione, similibusque, de quibus tractant Canonistae in *cap. ad id. de Sponsal.* Fere etiam solent hae causae ita in Judicio observari, propter favorem ἀμνηστίας, vel potius του μὴ μνησικακεῖν. Etenim, ἀμνηστίας vocem sunt qui ad publicam dumtaxat oblivionis legem referri volunt, quod ego illis probandum relinquo; sane id constat, primum Thrasybulum ἀμνηστίας vocabulum e privato in publicum usum transtulisse: quo exemplo Romani dein usi sint, ut tamen Cicero voce ἀμνηστίας vix ausus sit uti; sub Claudii initiis rursus ἀμνηστία Romae stabilita; sed hujusmodi exemplis velle negatum, hac voce privatos etiam uti posse, nescio qua ratione contendatur. At hoc loco gravis occurrit quaestio, an et Communio Coenae Dominicae inter actorem reumque, injuriarum hanc actionem praecidat; Etenim si convivatio et symposium inter privatos parietes hunc habeat effectum, quis eum ausit negare in epulo sanctissimo, quod proprio fine contestandae singularis amicitiae inter fratres Christo Domino institutum est? Nihilo tamen secius praevalet opinio, quod haec causa non praebeat exceptionem abolitae actionis injuriarum; judicatumque ita refert gravissimus auctor Sandius, *l.* 5. *tit.* 1. *decis.* 12. cujus rationes tamen vellicat vir summus A. Matthaeus *Comm. de crimin. tit. de injur. c.* 1. *n.* 1*. Sandius distinxerat inter privatam atque publicam vindictam, hanc esse licitam, non illam, post coenam Domini, et hanc ideo recte institui, quod non modo ad vindictam, sed inprimis ad vindicationem honoris dirigitur, utiturque simili ab oratione Dominica, per quam omni die *debitoribus nostris* injurias remittimus, nec tamen judicialia injuriae persecutionem amittimus. D. Matthaeus eamdem et hujus exempli rationem esse putat, eoque inclinat, ut Judex quidem negare nequeat actionem; attamen actor ipse conscientia illaesa adversarium post sacram synaxin in jus vocare vix possit. Non est dubium, quin actorem etiam atque etiam excutere semet ipsum atque perpendere oporteat, an non praestet omittere persecutionem, cujus tam subtile ab ultione discrimen est, in qua nullus animus ita sibi temperare potest, quin affectus erumpat. Sed dicere, quod non liceat post communionem sacram agere omnino, tantundem mihi videtur ac statuere, non esse fas homini Christiano movere actionem de injuriis ullo modo, maxime, si et recitationi Dominicae vis illa tribuitur, ut hominis liget conscientiam. Nam ego existimo, coenae Dominicae communionem non obligare nos ad aliud,

(f) *Pos.* 23. *et seqq.*

* Etiam in Saxon. remissione et condonatione tollitur injuria levior, et verbalis, aut alapa illata, in tantum, ut injuriatus eam praecise denunciare compellatur: Judex tamen ex officio injuriantem, licet ad deprecationem non adigatur, plectit, *Duell. Mand.* §. 17. In gravioribus autem injuriis, maxime realibus, is, qui iisdem affectus est, non obstante transactione inita, vel invitus cogitur, ut illas judici deferat, sub poena 2. vel 3. mensium carceris, *Duell. Mand.* §. 16.

quam quod per se lex Christi domini ferat. Puto, quo sensu statuunt ipsi quoque Theologi, licere Christianis injuriarum agere, Spiritu scil. mansueto, non animo irritato et vindictam spirante. Perkins. 3. *de cons.* c. 3. *n.* 1. Ames. 5. *de conscient. c.* 3. *n.* 4. Spanhem. 3. *dubior. Evang.* 125. *et seqq.* pari modo post communem panis usum idem licere utique, si jus conscientiae in homine privato spectes; si aliter actores sunt animati, ut verendum est ne non plerumque sint, id ipsorum reputationi periculoque committendum. Hoc tantum superest, quomodo privatae profanaeque compotationes injuriae actionem excludant, nec idem faciat sacratissima convivii participatio; idque non modo respectu convivantium, sed et Judicis ipsius respectu mirum videtur, cum interpretatio remissionis non minus sit praegnans in religioso, quam in vulgari epulo. Certe et epulum quotidianum, si inter multos aut publicum sit, minime hoc efficiet, ut discubitus ad eamdem mensam vim remissae actionis habeat; sed omnino specialem oportet fuisse concursum atque conjunctionem ad hunc effectum: Quare et in Coena totius Ecclesiae, quae tantum generalem fraternitatis habet professionem, nihil est unde tam specialis remissio colligi possit. Fatemur professionem generalem non videri sinceram, nisi ad singulos se extendat; tamen et hoc certum, specialis plus valere, quam universalia ad effectus speciales obtinendos. Tutius est procul dubio abstinere sacra synaxi, vel quod potius et laudabilius, actionem praetermittere.

10. (g) At succedat tertius hanc actionem tollendi modus, qui est annus. * *l. 17. §. 6. in fin. h. t.* l. 5. *C. eod.* Hunc annum esse continuum non utilem, a Praeceptore nostro D. Wissenbachio accipiebamus, suum Praeceptorem D. A. Matthaeum seniorem, ut fere semper alias, secuto; iidem de utroque genere injuriae tam realis quam verbalis annum volunt intelligi. *disp. ad Inst.* 43. *th.* 18. *et* 19. Quominus idem sequamur et a communi interpretatione recedamus summa juris religio facit. Nam praetorias actiones, quibus anni spatio praescribitur, de utili anno interpretari solent Jcti, *l.* 1. juncta *l.* 6. *de alienat. jud. mut. c. et l.* 1. juncta *l.* 6. *de calumniat. et l.* 38. *de Ædil. Ed.* juncta *l.* 19. §. *ult. eod. tit. et l.* 1. *pr.* juncto §. 39. *de vi et de vi arm. l.* 1. §. 3. *Si mul ventr. nom.* Eumdem annum utilem servavit Praetor in titulis, qui capiti de injuria sunt proximi *in l.* 1. *pr. d. si is qui testam lib. esse juss. l.* 2. §. 13. *de vi bon. raptor. et l.* 1. *pr. de incend. ruin. naufrag.* Nec ulla ratio vel textus extat, unde contrarium adstruatur, praeter *l.* 5. *C. h. t.* quae sic ait: *Si autem in rixam inconsulto calore prolapsus homicidii convicium objecisti, et ex eo die annus excessit: cum injuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob injuriae admissum conveniri non potes.* Manifestum est, ibi de convicio coram alicui in os objecto agi, in quo tempus rei gestae scientiaeque est unum et idem; scilicet, quo sensu dicatur utilis annus, jam constat ex iis quae supra ad *tit. de Excus. tut. n.* 13. dicta sunt. Quae praeterea in hanc sententiam proferuntur de favore ἀμνηστίας similibusque, parvi sunt momenti, de quibus adi A. Matth. *de crim. tit. de injur. n.* 17. Ex eadem *l.* 5. maxime probant, quod de reali injuria annali finienda statuunt, nam etsi illa simpliciter de verbali injuria loquatur, tamen in hoc, ait noster D. Wissenbachius, *d. disp.* 33. *th.* 17. Imperatores speciem cum genere concludunt verbis indefinitis: *injuriarum actioni annuo tempore praescribitur*; sed nulla penitus ratio est, ea verba latius, quam est ipsa species et sanctio Legis, extendendi. Adhuc in *l.* 17. §. 6. *D. de injur.* simpliciter injuria tempore dicitur aboleri; sed et hoc de levioribus injuriis, quae satisfactione verborum adversus servum transmittuntur, accipiendum. Multo validius est contrariae fundamentum sententiae, quod actiones, quae ex Lege veniunt poenales, sint perpetuae; praetoriae sint annales, *pr. Inst. de perpet. et tempor. act.* nec usquam actio injuriarum excipiatur. Nam favor ἀμνηστίας praetendi poterat, si jam constaret, exceptionem esse probatam, ut ultro

(g) *Par.* 27. *et seqq.*

* Etiam Jure nostro actio Æstimatoria injuriarum anno Civili, non Saxonico, praescribitur Carps. *prax. Crim. qu.* 97. *n.* 5. *Id. L.* 6. *Resp.* 114. *n.* 2. *seqq.* Philipp. *ad Dec. El. XI. Obs.* 3. *n.* 27. licet dissentiat Berl. *p.* 5. *Concl.* 69. *n.* 25. et Beust. *ad l.* 9. §. 3. *ff. de jurejurand. n.* 10 *seq.* vid. *P.* 4. *C. El.* 46. ex cujus principio simul apparet annum hunc utilem esse, non continuum *add.* Carpzov. *ad d. C. d.* 2. Berl. *P.* 5 *Concl.* 69 *n.* 17. Interim Actor qui ex verbali injuria post annum actionem instituit, vel in El. denunciationem offert, ac ignorantiam injuriae illatae urget, eo nomine juramento quandoque tempus notitiae indicare compellitur. Carpzov *L.* 2. *Resp.* 110. *n.* 10. nisi per praesumptiones, ex quibus ignorantia colligi queat, ab ejus praestatione liberetur vid. Swendend. *ad Fibig. Proc. p.* 1524. Caeterum haec annalis praescriptio Jure nostro ad verbales et scriptas injurias aeque pertinet, *d. C.* 46. verb. *Aber die andern Schriftlichen.* ibique Carpzov. *def.* 1. *n.* 3.

eam probet, nequaquam admittendum est. Imo *quid est absurdius* ajunt, *quam ob colaphos tibi ante triginta annos impactos hodie injuriarum agere velle?* vix sane fieri possit, quin post tantum temporis spatium dissimulata vel remissa videretur injuria: Sed non est ex arte juris, id quod minimum est in quoque delicto excerpere atque inde ad universum argumentari maleficium. Nec id fieri debebat ab his, qui ob res minimas criminalibus quoque judiciis locum faciunt. Nam ita meliori jure dixerim, esse rem absurdam, post triginta annos agere furti, quae est aeque actio famosa, propter ovum surreptum. Et si durum videtur propter alapam agere tam sero, quis neget esse durissimum, non licere post annum agere de membro rupto, idque non tantum ad sarciendum damnum, sed etiam ad injuriae vindictam atrocissimae? Qua occasione quaeritur, an et damnum ipsa injuriarum actione petatur; quod affirmandum ex *l.* 8. *C. de injur.* quamquam principaliter haec actio sit ad vindictam, *l.* 7. §. 1. *vers. quid ergo. D. h. t.* ac etiam Aquilia potest institui, *l.* 34. *in pr. de O. et A.* quae actiones cum in diversa tendant, concursus earum est cumulativus, ut tamen ne utraque damni aestimatio petatur. *l.* 7. §. 1. *de Injur.* Postremo mors alterutrius, cum sit ultima linea rerum, finem quoque Actioni injuriarum imponit, nec ad heredem transit, propter odium vindictae, nisi litis contestatio intervenerit, per quam cum fiat novatio et quasi contractus species introducatur, *l.* 3. §. 11. *de pecul.* quemadmodum latius *supra* ad §. 3. *Quib. mod. toll. obl.* explicatum est, oblitterata est actionis injuriarum invidia, ut sic jus transeat ad heredes; qua de re vide §. 1. *infr. de perpet. et temporal. Action.* Sed de injuria defuncto post mortem illata, heredibus actio datur, et quidem singulis in solidum *l.* 1. §. 4. *et* 6. *de injur.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 8. *def.* 2. Injuria in lite objecta non tribuit actionem, nisi, illa lite ad finem perducta per *l.* 10. *C. h. t. arg. l.* 1. *C. de ord. cognit.* Sand. *d. tit.* 8. *def.* 10.

TIT. V.

DE OBLIGATIONIBUS, QUAE QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

I. Quid sint quasi delicta. II. De poena judicis, qui litem suam fecit. III. De dejectis et effusis. IV. Ex quasi delicto filiifam. patrem non teneri. V. Poena furti contra nautas, caupones, stabularios.

(a) Quod in contractibus accidit, ut inciderent quaedam species contractibus affines, quibus ab Jctis nomen quasi contractuum fuit datum, idem in delictis evenit. Nam ejusmodi facta, quibus delicti ratio non conveniebat propter defectum doli, quae tamen affinitatis habebant plus cum delictis quam cum contractibus, ea quasi delicta sunt appellata, vel potius obligationes quasi ex delicto nascentes, si hoc refert; diximus ad *pr. de obligat. quae ex quasi contr. supra.* Igitur nihil aliud sunt quasi delicta, quam facta delictis affinia, unde lex, sine dolo Rei, actionem producit.

SCHOLIUM.

Sed in quo consistit illa cum delictis affinitas? Negative rem exponit Auctor in praelect. num. 1. *quod nimirum hic deficiat dolus. Sed hoc non sufficit. Aperte dicamus. In veris delictis dolus subest, in quasi delictis culpa.* Conf. Philos. jur. §. 142. seqq.

RESPONSIO.

Atqui Damnum Legis Aquiliae est verum delictum, etsi culpa sola vertatur, nec quominus id juridicum sit, faciet philosophia D. Thomasii. Etiam alias extra ordinem dumtaxat culpa saepe pro vero delicto punitur. l. 3. §. 1. de off. praef. vigil. l. 9. et l. 11. de Incend. ruin. naufr. l. 38. §. 5. de Poen. *Affinitas igitur, per quam hae species* Quasi delicta *seorsim constituunt, non consistit in culpa; siquidem et veris delictis aliquando et contractibus semper convenit: sed in qualitate mali moris, quam* affinitatem *delicti appello, et quam lex, sine dolo Rei, actione persequitur. Plura, cum Ars non det, addere non est nostrum, ne quidem ex philosophia.*

N. ADDIT.

I. *Non admodum civile est ita abjecte de philosophia D. Thomasii judicare, ea non inspecta; igitur repetantur hic ea, quae dicta sunt supra in nova additione* ad tit. de lege Aquilia n. 3. II. *Id quidem leges dicunt, culpam saepe extra ordinem puniri, at vero id nunquam dicunt, culpam puniri*

(a) *Pos.* 1.

ut verum delictum. III. *Culpa quasi delictorum et contractibus accidens in eo facile secernitur, quod contractui culpa saltem accidat, et praesuppenat factum aliquod licitum alteri nen damneum praecessisse. at culpa quasi delicti essentialis forma est.* IV. *Si culpa nen est ferma quasi delicti, et tamen est aliquid affine delicte, sine dole tamen, vellem scire quid sit illud, quod inter delictum sit medium, quale medium alia ars juris ignorat.* V. *Ignorat etiām ars juris istam qualitatem meris nescio quam, et quam Autor ipse nescit, quae, qualis, quanta sit.* VI. *Istud denique nimis indignum est, dicere non licere JCto ex philosophia supplere quae ars (videlicet corporis Juris Justinianei, quae sane emnium artium miserrima est) nen tradat. O miseres nes es vere Legulejes, si nen liceret sapere ulterius!*

2. (b) *Primum* est, si judex litem suam fecerit, in *pr. h. t. tit.* dicitur autem suam facere litem, quoties male judicavit, seu per dolum *l.* 15. §. 1. *de jud.* sive per imperitiam. *pr. h. t. l. ult. de extraord. cognit.* Ratio appellationis, quia male judicans periculo litis obstringitur et aestimationem praestare cogitur: ideoque suam merito litem sit *esse*, cujus pretium solvit; ut olim Cicero, minanti cuidam Magistratui, qui per sordes creari meruerat, usurum se potestate sua in Ciceronem, *Recte*, ait, *dixisti, tua petestate; emisti enim.* Plutarch. *vit. Cicer.* Tenetur autem aliter si per imprudentiam male judicavit. Quippe si dolo, tum vere delinquit. *d. l.* 15. *de jud.* et tenetur in veram litis aestimationem, eum famae munerisque sui dispendio *l. ult. C. de poen. jud. qui mal. judic.* Sed imperitus Judex mulcta arbitraria damnatur et quasi delinquit. *princ. h. t.*

Scholium.

Sive dole sive culpa Judex litem suam fecerit, actiene utili legis Aquiliae, quae et in factum dicitur, eum teneri arbitrer, per ea quae dixi ad Strauch. XIX. 16. p. 262. seqq. *Quamvis itaque concedam, judicem dolo male iniquam ferentem sententiam infamem fieri*, per l. ult. C. de poen. jud. qui male jud. *ex culpa aberrantem nen aeque*, arg. §. 6. Instit. de suspect. tut. *nelim tamen cum communi Dd. schela statuere, ratione condemnatienis pecuniariae etiam aliquid interesse. Nam est utrebique eadem actio, quae adeo utrobique ad veram litis aestimatienem dabitur*, d. l. 15. §. 1. de Judic, *ita tamen, ut in hac litis aestimatione arbitrium Judicis non excludatur.* d. pr. h. t.

Responsio.

Actionem utilem legis Aquiliae ad suitatem litis producere nimis enorme videtur, ut modo demonstratum est. Diversitas condemnationis pecuniariae, quando culpa vel delo male judicatum est, evidenter collocata est in d. l. 15. §. 1. de judic. et hoc pr. *nec est qued a communi sententia nos heic recedere jubeat.*

N. Addit.

(I.) *Necesse est ut apponatur nota ad Struchium, ad quam provocat Scholium. Sic ibi docui. Hoc non dixerim. (Judicem imperite judicantem teneri ex delicto vero) nam imperitia medici culpae adnumeratur*, §. 7. Inst. de lege Aquil. *culpa autem facit quasi delictum. Adde quae netavi* ibid. §. 143. *In ee igitur nen est contreversiae status: Cur Judex non teneatur ex delicto vere; sed, cur Judex nen teneatur ex lege Aquilia, cum tamen Medicus teneatur ex ea lege?* d. §. 7. Inst. d. t. *Quo praesupposite, ratio differentiae quam dat Autor noster, petit id quod est in principie. Nec sufficit dicere: Judicem male judicando in L. Aquiliam nen peccare. Cur enim non peccat? Sane Lex Aquilia damnum emni culpa datum coercet; hic vero adest damnum, adest et culpa Judicis. Communiter ea differentia prefertur, quasi Judicis munus sit publicum quod invitis imponi petest, adeoque cum Judice lenius agi debeat quam cum ee, qui privatim suoque arbitrie peritiam artis profitetur, praeprimis cum olim servilis professio Remae fuerit medicina*, vid. ex pluribus Huber. ad Inst. de oblig. quae quasi ex del. nasc. *Verum agnosco quidem differentiam, inter imperitiam Medici et imperitiam Judicis. Sed quid haec differentia ad quaestionem propositam? Manet tamen et Judicis imperitia culpa (alias enim plane non pesset conveniri) et ergo adhuc ad L. Aquiliam spectabit, aut alia differentia adducenda. Agnovit hujus differentiae imbecillitatem acutissimus Wissenbach, ut tamen eam defenderet, maluit culpam impingere Jurisprudentiae. Ita vero inquit* disput. 43. ad Inst. th. 22. Judex per imperitiam vel imprudentiam male judicans, quasi delinquit, *pr. Inst. de obl. quae quasi ex del. nasc.* οὐκ ἄδικος ὁ κρίσις ἐστίν, ὅτι καὶ οὐ ἄδικος, Arist. lib. 5. Medicus vero imperite secans vero delinquit. §. *imperitia.* 7. *supra de L. Aquil.* Diversitatis rationes reddi possunt, si non usque adeo solidae et quae plus

(b) *Pos.* 2. et. 3.

quam necessitate geometrica nitantur, tamen probabiles, quarum praecipus est, quod Medici voluntarium sit munus ultro susceptum, Judicis publicum, quod etiam invitis imponitur. Conf. *l.* 9. *ff. de relig. et l.* 63. *ff. de aedilit. edict.* Cujac. 12. *obs.* 38. *et* 17. *obs.* 15. Duar. 2. *disp. anniv.* 17. *et in l.* 55. *ff. de leg.* 1. ubi redditis rationibus, quare cautio legatorum prohiberi in testamento possit, non possit fructuaria, inquit: quibus non satisfaciunt hae rationes, non sunt apti ad tractationem civilis sapientiae. Ineptum est in hac scientia quaerere ἀποδείξεις *Imo vero, inquam ego, ineptum est culpam ignorantiae nostrae adscribere velle scientiae juris, quae quia scientia est, ideo non credenda tradit, sed scienda; scire vero est rem per causas cognoscere. Quod si igitur aperire deberem, quae mea de hac opinione sit sententia, dicerem, Doctores, quotquot hactenus controversium istam moverunt, scrupulum in Jurisprudentia non invenisse, sed ex erronea hypothesi attulisse. Res ex ipsis fontibus optime cognoscetur. Cajus JCtus* lib. 3. Aureorum, *ut ostenderet differentiam inter veros et quasi contractus, item inter delicta vera et quasi, sententiam suam exemplis illustrare aggressus est; In quasi maleficiis autem primum exemplum affert de Judice male judicante.* Si judex, *inquit, recensente Triboniano in* l. 5. §. 4. *de* O. et A. litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est; et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri. *Eadem verba Caji ex eodem* libro 3 rerum quotidianarum, seu aureorum desumpta *recensentur a Triboniano in* l. 6. ff. de extraord. cognit. *nisi quod iisdem in* dict. l. 6. *adduntur sequentia:* ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni judicantis visum fuerit, poenam sustinebit. *Unde obiter notamus, vel Tribonianum in* d. l. 6. *aliquid verbis Caji de suo addidisse, vel, quod magis credo, in* dict. l. 5. §. 4. *eadem truncata recensuisse, et ita novum exemplum extare Emblematum Triboniani a Wissenbachio non observatum. Quidquid hujus sit, Tribonianus verba* l. 6. ff. de extraord. cognit. in princ. Inst. de oblig. quae quasi ex del. nasc. *transtulit omnia, exceptis: IN FACTUM ACTIONE. Jam dico: omnem illum scrupulum, quem Doctores circa differentiam inter Medicum et Judicem imperitos faciunt, provenire ex falsa hypothesi, quasi actio legis Aquil. semper praesupponat verum delictum. Nam quando Cajus in* l. 4. ff. de O. et A. *ex qua desumptum est* princ. Inst. de obl. quae ex del. nasc. *dicit maleficia esse furtum, rapinam, damnum, injuriam, per damnum non intelligit omne damnum, sed dolo datum.* arg. l. 5. §. 4. 5. et 6. ff. eod. *Deinde quamvis Tribonianus post explicata furta et rapinas in* tit. 3. lib. 4. *etiam tractet Legem Aquil. non tamen putandum est, quasi Lex Aquilia semper coerceat verum maleficium. Hoc enim nullus veterum JCtorum asseruit, quin potius, quia in Legem Aquil. quoque omnis culpa venit,* l. 44. ff. ad L. Aquil. *necesse est, ut quandoque L. Aquilia etiam coerceat quasi maleficium.* arg. d. l. 5. §. 4. 5. 6. ff. de O. et A. *Quoniam vero L. Aquilia simul cum culpa dolum coercuit, non potuit Tribonianus in recensendis actionibus, quae ob maleficium dantur, mittere actionem Legis Aquiliae, quippe quod una fidelia et dolum et culpam, verum maleficium et quasi dealbat. Neque enim et Tribonianus unquam asserit Legem Aquiliam solum ex vero delicto oriri, et si assereret, certe haec assertio cum JCtorum Philosophia parum conveniret. Ex his puto patere, frustra quaestionem a Dd. formari, cur Judex imperitus teneatur ex quasi delicto, medicus vero imperitus ex vero. Num quis unquam JCtus dixit, medicum imperitum ex vero delicto teneri? Si ergo respondeas: quia tenetur ex Lege Aquilia, instabo, vitium consequentiae hactenus fuisse ostensum. Denique et ad statum controversiae, prout nos eumdem initio formavimus, cur nempe medicus imperitus teneatur actione L. Aquiliae, non autem teneatur Judex imperitus; Eadem prope est responsio: Falsum scilicet esse iterum, quod Judex imperitus non teneatur Legis Aquiliae actione. Neque enim et hoc Cajus, aut alius JCtorum unquam scripserunt. Et si iterum inferre velis: Judex tenetur ex quasi delicto, ego non ex L. Aquilia, negabo ergo iterum consequentiam ob modo dicta. Cum enim Caji intentio sit declarare differentia verorum et quasi delictorum, seu culpae et doli, per exempla sumpsit ea, quae primum ipsi inciderunt, et ita etiam Judicis per imperitiam, quae culpa est, male judicantis. Si de Medico imperito tum temporis cogitasset, credo et hoc exemplum ab eo fuisset appositum. Quin imo dum in* l. 6. ff. de extraord. cognit. *dicit, Judicem imperitum teneri in factum actione, hanc in factum actionem commode per actionem Legis Aquiliae utilem explicari posse arbitror,* vide quae dixi in Phil. Jur. §. 148. *Cur vero Tribonianus omiserit* in pr. Inst. de obl. quae quasi ex del. nasc. *mentionem facere*

dictae in factum actionis, ipse viderit. (II.) *Hoc praemisso, intempestive dictum fuit ab Hubero de doctrina non visa, nimis enorme videri, quod actio Legis Aquiliae debeat hic locum habere.* (III.) *Aut antinomia statuenda erit inter* pr. Inst. h. t. et d. l. 15. *aut dicendum, Judicem imperite judicantem, de quo loquitur* d. §. 1. *etiam condemnandum esse in veram aestimationem, cujus mentionem facit* d. l. 15. *absurdum enim esset, culpa delinquentem gravius esse condemnandum, quam dolo. Igitur* (IV) *falsum est, diversitatem condemnationis pecuniariae, quando dolo vel culpa male judicatum sit, evidenter collecari* d. l. 15. §. 1. *etsi haec lex tantum doli mentionem faciat.*

Sed quid hoc, quod Medicus imperite faciens artem suam, vere delinquit, §. 7. *de Lege Aquil.*? Judex imperite judicans non aeque? Quae ratio differentiae? Videtur, quia Judicis munus est publicum, quod invitis imponi potest, cum eo lenius agi quam cum illo, qui privatim suoque arbitrio peritiam artis profitetur; vel potius, quia Medicus corpus laedit, quod est damnum Legis Aquiliae; Judex sententiam pronuncians, a laesione corporis aut rei corruptione nimium procul abest.

S c h o l i u m.

Sed hoc nusquam in jure dicitur. Adstruxi contrarium ad Strauch. d. p. 262. seq. *ubi et differentiam, quam Noster, communem Interpretum sententiam secutus, exhibet, examinavi.*

Responsio.

Non recte se habet haec κατηγορία. *Justinianum ita existimasse, Damnum Legis Aquiliae, quo pertinet medicina prava et noxia, esse verum delictum, nemo dubitare potest, qui vel* princ. Inst. in fin. *cum serie titulorum* de Lege Aquilia et quasi delictis *contulerit. Plura in hanc sententiam addit Schelia D. Thomasius, quae cum in idem principium resolvantur, praetervehimur.*

N. A d d i t.

I. *Ego contra provoco ad ea quae dicta sunt in nova additione* ad tit. de L. Aquil. n. 3. II. *Ex istis Scholiis, quae hoc loco praetervectus est Autor, istud saltem non debebat omitti, quod dedimus ad positionem* 4. *utpote quod hypothesim nostram de conceptu quasi delictorum, et illustrat et ulterius confirmat. Cum Justinianus actionem de dejectis vel effusis, positis vel suspensis, item adversus nautas, caupones et stabularios, ad quasi delicta referat, ea de re sequentia adnotavi.* Quomodo actiones hujus et sequentium quasi delictorum ab actione legis Aquiliae differant, ostendi ad Strauch. XIX. 17. p. 264. seqq. *Ibi vero continuaveram discursum supra ad tit. de* L. Aquil. n. 3. *excerptum, sequenti modo. Nullane ergo, inquies, differentia inter quasi delicta et culpam quae ex L. Aquilia coercetur? Ita videtur quidem ex iis, quae diximus, inferri posse. Nam si Lex Aquil. coercet omnem culpam, et culpa constituit formale quasi maleficii, sequetur, quod ex omni quasi maleficio oriatur actio legis Aquiliae, et consequenter frustraneum sit, obligationem ex quasi delicto seorsim a doctrina de Lege Aquilia exponere. Sed salva res est. Distingui enim omnino debet culpa propria in eam, quae est causa vera aut immediata damni dati, et quae est ejus causa per accidens aut mediata. In his, quae sequuntur quasi delictis, coercetur culpa propria quidem, sed quae damni dati saltem est causa per accidens aut mediata. At lex Aquilia coercet culpam istam quae damni dati causa vera est: adeoque ita pronunciandum erit: Omnis culpa, quae coercetur ex lege Aquilia, est quasi delictum: et huc refer etiam Judicem imperite judicantem, sed non omnis culpa, seu quasi delictum, coercetur per legem Aquiliam, quo refer ea exempla, quae in hoc* §. *recensentur. Tum continuaveram in scholio alias differentias reliquorum quasi delictorum a coercitione culpae per actionem legis Aquiliae ostendere, et quidem sequentes. Posses etiam dicere, vel de his culparum generibus dubitatum fuisse, an inter culpas referri deberent, ut adeo speciali declaratione fuerit opus, vel propter interesse et utilitatem publicam gravius in has culpas fuisse observatum, quam in reliquas per legem Aquiliam, quod in actione de dejectis, et adversus Nautas, perspicuum est, unde et actio de dejectis vocatur actio legis Aquiliae,* in l. 5. §. 4. de his qui effud. se. *propter naturam communem. At in actione de suspenso, manifesta est ratio differentiae. Hic coercetur metus incussus et damnum dandum, in lege Aquilia damnum datum. Ad haec vero omnia; quod hic tacuerit Autor, an solum illa causa fuerit, quod putaverit omnia in idem principium resolvi, an alia, alii judicent.*

3. (c) Altero quasi delicto tenentur habitatores coenaculorum, seu domini, sive conductores,

(c) *Pos.* 4. 5. *et* 6.

ex quorum coenaculis aliquid dejectum vel effusum est, quod transeuntibus nocoit damuumve dedit, §. 1. *pr. h. t.* videtur enim ipsis imputari posse, quod homimibus adeo protervis, aut socordibus usi sont. *l. pen. de his qui effud.* Tenentur ut plurimum in duplum damni dati, nisi liher homo sit interfectus, quo casu est poena 50. aureorum; quia liherum corpus nullam recipit aestimationem, proinde neo duplum, *l.* 1. §. 5. *eod. tit.* homine autem vulneratu, agitur in impensas et id qond interest, §. 1. *h. t.* ubi perinde oicatricum, aut deformationis non habetur ratio, *l.* 5. §. 5. *et l. ult. de his qui effud.* quoniam et hae sunt affectiones liberi corporis inaestimabiles. *dd. ll.* Aliter D. Voet. hodie censet *h. t.* Contra plures hahitatores actiu datur in solidum, ut ono tamen solvente, reliqui liberentur, quod secus est io veris delictis. *l.* 11. §. 2. *ad L. Aquil.* Qui vero seorsim hahitat, separatim quoque teoetur. *l.* 5. *in pr. de his qui effud.* Caeterum, de hac actione quaeri solet, an, si ex studiosi cuhiculu sit aliquid dejectum vel effusum, in ipsum qonque danda sit actio ex quasi delicto. Datur quidem haec actio in habitatores, tam in conducto quam in proprio. *l.* 1. *in pr. et* §. 9. *de his, qui effud.* Sed hospes non tenetur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; is autem tenetur qui hospitiom dederit. Qui, inquam, domicilium habent, hi tenentur, non peregrinantes. *d.* §. 9. Studiosus autem vereor, ne non conductor potius, quam hospes dicandus sit, quia sane conducit, et hahitat, si animum aliquandiu commorandi haheat, ut fit. Forte etiam est alia ratio conductoris coenaculi ac unius cuhiculi. Nam coenaculum praeter cubiculum contioet exedras et medianum, *l.* 5. §. 2. *eod.* comparatumque est in usum integrae familiae; cum in studiosi cubiculo ea, qoae occasinoem huic judiciu praebent, ab iis qui cubicula locant, proficisci soleant, tametsi praetor io Edicto suo non meminerit coenaculi: sed generaliter ait, *unde in eum locum quo vulgo inter fit. l.* 1. *de his, qui effud. vel dejec.* Forte non ahs re fuerit Distinotio; ut si quid dejeotum vel effusum fuerit sordium et purgamentorum, teneatur aediom conductor; si quid luxoriam adolescentiae redolens, nihil causae sit, cur Studiosus immunis habeatur. Vid. D. Wissenbach. *d. disp.* 43. *th.* 23. Vigl. ad *l.* 17. *de Reb. cred. n.* 12. quibus adsentitur Scholiastes noster.

4. Tametsi autem filiusfam. seorsim a patre habitet, quia nihilominus jure Civili manet in ejus potestate, ideo quaeritur, an pater etiam ex praedictis actionibus de peculio teneatur, quod negatur in §. 2. *h.* quia de peculio Pater non nisi ex contractibus tenetur, minime ex delictis veris aut quasi, *l.* 1. *et t. de pecul.* tametsi, in pecuniam condemnato ex his causis filio, contra Patrem actio rei judicatae detur. *l.* 3. §. 11. *de pecul.* Quid autem hoc est, quod in *l.* 15. *pr. de judic.* scriptum est, *filiusfamilias judex, si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat?* Solet quidem responderi, non genos actionis ibi, sed quantitatem dumtaxat, in quam fit condemnatio, significari; sed unde relatio quantitatis illius ad peculium, si de peculio actio non fuit? Forte non abs re dixit Accursius; accipiendum id esse de actione rei judicatae quae filio condemnato in Patrem datur, ut paolo ante diximus (1).

5. (d) Ultimum quasi delictum est; Nautae, caupones, stabularii, qoorum famuli (*) res viatorum et hospitum, quas recepere, surripoerunt, tenentor actione in factum in duplum ex quasi delicto. §. *ult. h.* (ipsi famuli scilicet veri fures sunt) *l.* 7. *in pr, et* §. 1. *Naut. caup. stabul.*

SCHOLIUM.

(*) *Non servi. Horum enim nomine, si proprii sint, liberantur domini noxae deditione* l. un. §. 5. furti adversus oautas. l. ult. §. 3. et 4. oaut. caup. stabul.

Si res ab aliis quorum opera non utontur, hospitibus et viatorihus surreptae sint, in simplum tenentur actione de recepto (α) *l.* 1. §. 6. *et seqq. d. tit.* quia tum nihil Nautis etc. imputari potest, neo enim repellere possunt iter agentes, *l. un.* §. *ult. Furt. advers. naut. caup.* civiliter scil. et ordinarie. Nom si propius advertere velint animum, est in eorum arbitrio (β) quem velint recipere, quem nolint. *l.* 1. §. *Naut. caup. stabul.*

SCHOLIUM.

(α) *Quae oritur quasi ex contractu.*

(β) *Est utique, sed recipere tamen hospitem ipsis non in culpam imputari potest, sed potius* in d. l. 1. §. 1. *ratio aequitatis continetur, quae facit quasi contractum.*

(d) *Pos.* 8. 9. *et* 10.

(1) *Nihil hic Auctor de eo, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit alicui nocere. Addemus itaque hic ejus positionem 7. ad hunc titulum, ubi sic:* Qui aliquid positum vel suspensum habuit in publico loco, quod transeuntibus nocere queat, tenetur in decem aureos actione populari, quae datur cuilibet e populo. §. 1. h. t. l. 5. §. 6. *et ult. de his qui effud. vel. dejec.* Haec res hodie magistratibus curae est, nec manet usus hujus actionis.

R e s p o n s i o.

Quod Scholiastes actionem de recepto in simplum dicit oriri ex quasi contractu, non tam displicet, quam ratio qua id adfirmat. Sola aequitas non sufficit ad quasi contractum producendum. Sed id, quod species affinis sit contractui, nec multum inde absit, quemadmodum heic receptio non procul ab obligatione ad restituendum abire videtur. Duri plures quasi *contractus illis quinque speciebus enumeratis* in tit. de oblig. quae quasi ex contr. *concedere licet; non aeque esse quasi contractum, ubicunque se prodit aequitas praestationis.*

N. Addit.

Hic ante omnia doctrina nostra de conceptu quasi contractuum plenius est inculcanda ex novis additionibus ad Pandectas tit. de Procur. n. 4. et ad Exhibendum n. 1. *Ex illis patebit, non solam aequitatem sufficere ad quasi contractum, sed supponi etiam insuper factum aliquod innexium nemini directo damnum dans, qualis est hic receptio, quod adeo facit ejusmodi actus esse affines contractibus, uti facta noxia, sed sine dolo sunt affinia delictis. Interim ex* h. l. *acceptandum est, quod Auter fateatur dari plures quasi contractus, quam in tit.* de oblig. quae quasi ex contr. *enumerati sint. Unde cadit illa acerbior strictura, vel certe Autorem ipsum ferit, qua infra* ad d. tit. ad exhibendum *philosophiam meam notare voluit, quod juris terminos egrediatur, et suo arbitratu numerum quasi contractuum, ubi lex tacet, multiplicet.*

Cessant hae actiones, si nautae etc. praedixerint ut quisque sibi vigilaret suaque custodiret, *l.* 7. *pr. eod.* non cessant eorum respectu qui gratis navigarunt. *l.* 6. *pr. h.* Aliter Wissenb. *ad ff. h. t. th.* 27. Addatur inde; praedictionem non tollere has actiones, nisi iter facientes et hospites consenserint, *ex d. l.* 7. *in pr.* discrimen, quod amplius tradit Wisseobachius, parum liquet.

T I T. VI.

DE ACTIONIBUS.

I. Continuatio. II. Definitio actionis. III. Divisio prima, et quid actio in rem. IV. Quid actio in personam. V. De civilibus in rem actionibus, nominatim de confessoria. VI. Differentia ejus a vindicatione rerum corporalium. VII. Actiones in rem praetoriae, ubi de Publiciana. VIII. De rescissoria. IX. Pauliana. X. Serviana. XI. Hypothecaria. XII. Praetoriae in personam, ubi de constituto. XIII. De jurejurando. XIV. Praetoriae poenales. XV. De praejudiciis. XVI. De nominibus diversis differentiaque actionum in rem et in personam. XVII. Secunda actionum divisio summa, in rei persecutorias, poenales et mixtas, et de rei persecutoriis speciatim. XVIII. De poenalibus et de mixtis. XIX. De mixtis in rem et in personam. XX. Tertia divisio in simplum, duplum etc. XXI. Quarta divisio in actiones bonae fidei et stricti juris. XXII. Quaenam sint bonae fidei. XXIII. De rei uxoriae actione. XXIV. Differentia inter actiones bonae fidei et stricti juris, ubi de compensationibus. XXV. Actiones arbitrariae exponuntur. XXVI. De certitudine sententiae, poenisque plus petentium. XXVII. De minus petentibus, atque emendatione libelli. XXVIII. Quinta actionum divisio summa, in solidum et minus. XXIX. De his qui habent beneficium, quoad facere possint. XXX. Aliae divisiones, in actiones directas, et contrarias, item in directas et utiles. XXXI. In generales et speciales, item in simplices et duplices. XXXII. In petitorias et possessorias. XXXIII. De concursu actionum.

(a) Intelleximus quae sint jura ratione status personalis aut patrimonii civibus comparata. Sed quod Pomponius in *l.* 2. *§.* 13. *de O. J.* de magistratibus ait, *per eos effectum rei accipi*, id de actionibus merito praedicatur: quantum enim est, jus in civitate esse, nisi sint actiones quibus jura exerceantur! Quod cum omnibus populis, qui legibus et moribus reguntur sit commune, nihil haerendum, quin actiones instituto originali sint juris Gentium; tametsi nulla forte pars juris gentium majori accessione juris civilis apud Romanos locupletata est, quam quae de actionibus conscripta est, unde passim actiones vocantur civiles, et obligatio naturalis cum primum vi actionis praedita esse coepit, confestim juris Gentium esse desinit ac incipit

(a) *Pes.* 1.

esse Juris Civilis. Vid. D. Wisseub. *parte* 1. *Pandect. disp.* 4. *th.* 7. Diss. Broneh. 2. *miscell.* 55. et Dd. communiter, teste Mynsingero *ad hoc pr. n.* 4. Ferme igitur tam late hoc caput de actionibus, quam totum jus, non modo per Institutiones, sed etiam per Codicem atque Novellas diffusum, patet, cui proinde summa cura sine dubio a studioso juris adhibenda, quibus ingens copia scriptorum in hoc genere abundat. Nomen actionis ab agendo, non *παρὰ τὸ ἄγειν τοὺς ἀγνώμονας ἐπὶ τὸ δικαστήριον*, *ab agendis reis ad tribunal*, ut Theophilus *ἀγωγὰς*, qua voce Graeci *actiones* exprimunt, derivat; sed quatenus agere significat facere et gerere, significatione generali in hunc usum peculiariter accommodata, ut nihil sit frequentius, quam agere actione seu judicio, *l.* 22. *de liber. caus.* etc. etiam agere actionem non est insolens, etiam actio agi dicitur. *l.* 5. §. 1. *de Rei vind.* etc. †. Briss. *de V. S. in Agere.*

2. (b) Sed ut ad rem veniamus, actio dupliciter consideratur, primo ut jus nobis competens adversus alium, et sic pertinet ad secundum juris objectum. *l.* 49. *de verb. signif.* Deinde pro remedio, quo ipso actu persequimur id quod nobis debetur, atque hoc sensu peculiare et tertium juris objectum constituit. Definitur hic *in pr.* quod sit Jus persequendi in judicio quod sibi debetur; ubi verbum *debet* late accipiendum, ita ut dominium quoque comprehendat, omnibusque in universum actionibus conveniat, secundum *l.* 178. §. *ult. de verb. signif. l.* 108. *eod.* tametsi plerumque *suum* esse atque *deberi* invicem opponantur. *l.* 27. §. 2. *de Aur. arg. leg.* Quare nihil necesse videtur, hunc imputare juris conditoribus errorem, quod universo tractatui de actionibus definitionem uni modo speciei convenientem praefixerint, ut post alios paucos arbitratur D. Wissenbach. *ad hunc tit. th.* 4. adde Broneborst 4. *antin.* 30. *et* 2. *miscell.* 53. *in fin.* Et vel eo maxime nimis arbitraria summorum virorum illa reprehensio est, quod iidem correcturi definitionem Caesaris, pro verbis *id quod nobis debetur*, substitui volunt, *quod suum est*, cum tamen *suum* aeque proprie *debito*, quam *debitum suo* opponatur, ut e textibus modo citatis, etiam ex *l.* 9. §. *ult. de suppell. leg. l.* 74. *de Legat.* 3. liquet; adde Brisson. *de V. S. verb. Suum. ubi*; *verbo suum*, *dominium significari* etc. Non est abs re, eum actio dicitur jus persequendi *in judicio*, scire quid hoc sit. Est igitur Judicium legitima causae disceptatio, quae fit apud judicem ex parte Actoris et Rei, litis finiendae gratia. Cujac. *paratit. C. de judic.* In qua definitione tres indicantur personae judicium constituentes, Actor, Reus et Judex. Actor est qui provocat ad judicium. Reus qui provocatur. Judex ad quem fit provocatio, per *l.* 13. *et seqq. de judic.* Secundum has personas tractatus de Judiciis hic instituitur: primo de jure Actorum, mox de jure Reorum, tertio de officio Judicis. Atque hoc *ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, plenius de illis in Pandectis agetur. Nam hic nobis consilium est de natura et proprietatibus actionum breviter loqui; minime vero congerere in hunc locum, quaecumque tam de actionibus quam de causis earum proferri possent; ita enim hic titulus cresceret in immensum.

3. Justinianum igitur actionis vocabulum in latiore significatu accipere, palam est, ut etiam Interdicta, hoc est judicia quibus de possessione disceptatur, et petitiones, quae proprie actiones in Rem sunt, et persecutiones, quae sunt extraordinariae cognitiones, in quibus ipse Praetor causam cognoscebat neque judex pedaneus dabatur, comprehendat, *d. l.* 178. *et l.* 34. *de V. S. l.* 37. *de O. et A.* ut tamen ad publica de criminibus judicia nomen actionis hoc loco non pertineat. Etenim hae proprio nomine Accusationes appellantur in *tit. D. d Accusat. et l.* 10. *in fin. de jur. Patron. l.* 14. §. 8. *de bon. libert.* (c) Secundum haec; Divisio Actionum prima et summa est, quod vel in rem sint vel in personam. §. 1. *h. t.* In rem actio dicitur, quae ex jure in Re datur adversus quemlibet possessorem ad vindicandam rem, vel obsequendum jus in se constitutum, qua de re videantur ea, quae dix. *ad tit. de rer. divis. n.* 11. *et sequ.* Agnoscimus autem jura in re quinque numero: 1. Dominium, unde nascitur rei vindicatio. 2. Jus dominio proximum, unde utilis in rem actio, quae datur Emphyteutis et superficiariis. 3. Servitus, unde est Actio confessoria. 4. Pignus, unde actio hypothecaria. 5. Hereditas, unde hereditatis petitio et querela inofficiosi *Testamenti.* Apparet itaque, dominium proprie dictum, de quo vid. *d. n.* 11. non esse causam actionis in rem adaequatam, sed ea gratia terminum juris in Re non incommode esse repertum. Nec alia nobis ratio constat, quamobrem hosce Juris Pontificii terminos, ut alias dictum, in usum artis recipiamus, quam quod aequabile fundamentum in rem actionum nobis suppeditant. Proinde cum nec ejus natura consistat in alia re, quam quod rem, ubicumque sit, afficiat, actionemque adversus quemcunque possessorem producat, necessarium dictu est, ea jura, quae non pariunt actionem in Rem, non esse jura in Re, nec eo nomine posse appellari; sed hoc ipso, quod quis aliquod jus

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. 4. *et* 5.

non producere in rem actionem fatetur, is simul immediate non esse hoc jus in Re affirmat. Quare, quod jus dotis nonnemo inter jura in Re numerat, cujusmodi sit, confestim intelligit, qui nullam in Rem actionem, qua dos universa a quolibet possessore petatur, in jure proditam esse considerat. Agit equidem maritus in rem actione ad petendas res singulas. Sed ea est ordinaria Rei vindicatio, quae ex jure dominii competit, ut est *in l.* 9. *de R. V.* Egimus hac de re plena manu in *lib.* 4. *Digress. cap.* 9. et in animadv. quae subjectae sunt *Cap.* 10. *secundae edit. cap.* 17. Eadem ratio fortiter evincit, possessionem non esse jus in re, quia nec inde ulla in Rem actio proprie nascitur; etenim interdicta, quae propriae de et ex possessione nascuntur, sunt actiones in personam *l.* 1. §. 3. *de Interd.* ut inferius patebit; Publiciana vero, licet bonae fidei possessori detur, non est tamen ex possessione, ut mox videbimus. Plane quid de natura possessionis hac in Parte sit statuendum, *ad tit. de Interdictis* disputabitur, et disputavimus in *d. lib.* 4. *Digress. c.* 10. *et animadv. c.* 18. *et seqq.*

4. Termini igitur actionis in Rem, sunt a parte actoris Jus in Re, a parte rei possessio. In actione in personam, utrimque est obligatio. Nihil enim est aliud actio personalis, quam quae datur adversus eum qui nobis obligatus est ad dandum vel faciendum. *l.* 25. *de O. et A.* Obligatio autem constat duabus partibus, jure creditoris et onere debitoris. Hoc onus, sive jus illud, quo quis nobis tenetur ad dandum vel faciendum, vocatur vulgo in scholis jus ad rem §. 2 *h. t.* de quo vid. similiter ea, quae diximus ad *d. n.* 11. Vocabulo juris ad rem facilius carere poterat Ars juris, quam Juris in Re, quia nihil est in eo Jure quod ad Rem dicitur, quin etiam sit in obligatione. Nam obligatio est vinculum inter utrumque tam debitorem quam creditorem, *l.* 42. §. 2. *de Procurator.* nec sane tantum respectu debitoris, sed etiam maxime creditoris intuitu; cum enim Leges ajunt, obligationes ad hoc esse inventas, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest, *l.* 38. §. 17. *de V. O.* §. 19. *Inst. de inutil. stipul.* manifesto cum respectu ad creditorem loquuntur, perinde cum obligatio cedi, vendi, in solutum dari, pignorari dicitur, ea creditoris intuitu potissimum intelliguntur: adeo frustra sunt, qui obligationem soli debitori inesse contendunt, qua de re dix. *animadv. cap.* 13. Est tamen ita, quod jus creditoris appellari quest jus in personam, quia nascitur inde actio in personam, vel, quia sic usus fert, *jus ad rem*, scilicet obtinendam; et tunc onus debitoris *obligatio* peculiari sensu diceretur, quatenus saepe fit ut nomen generis aut Integri ad unam speciem vel partem restringatur. Sed uti Jus ad rem ponatur ut effectus obligationis, adeoque dicendum sit ex obligatione nasci Jus ad Rem et ex jure ad Rem actionem in personam, nimis a jure alienum atque parvum est, quod abunde *lib.* 4. *digress. cap.* 5. refutavimus, et in *animadvers. cap.* 11. In definitione actionis in personam, ait Imper §. 1. per eam nos intendere, adversarium nobis aliquid dare aut facere oportere *et aliis quibusdam modis*. Haec verba Vultejus *discept. scholast. C.* 4. refert ad actiones praejudiciales. Donellus ad *h.* §. 1. ad quasi contractus et quasi maleficia. D. Wissenbach. ad hunc *tit. th.* 10. ex Cujacio, ad actiones in rem scriptas. Hotomannus et Mynsingerus ad diversam agendi formulam, quam in dando, et in faciendo quibus et Vinnius accedit: veluti in actione commodati, depositi, pignoratitia, empti, conducti, non agitur ad *dandum*, quod est dominium transferre, nec ad faciendum, proprie loquendo, sed ad praestandum atque restituendum. In qua explicatione libenter acquiescimus; tametsi forte nec reliquae interpretationes omnino rejiciendae fuerint.

5. (d) Primo omnium hic agitur de Actionibus in rem, quae vel civiles sint vel praetoriae. §. 3 *h. l.* 25. *de O. et A.* Civiles, ut rei Vindicatio, Actio in rem Utilis, Hereditatis petitio, et *Confessoria* de qua §. 2. De reliquis Justiniano visum non fuit hic agere, sed earum Pandectis tractatum reservavit: Proinde, nos qui simpliciter Caesaris methodum sequimur, de rei vindicatione, hereditatis petitione, utilique in rem actione tantisper agere differemus: de confessoria videamus. Est autem CONFESSORIA nihil aliud, quam actio in rem Civilis, qua quis servitutem sibi vel praedio suo competere contendit, veluti, jus sibi esse fundo vel aedibus utendi fruendi, per fundum vicinum eundi, agendi, vel aquam ducendi, item jus sibi esse oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii recipiendi, et similes §. 2. *h.* Scilicet haec actio competit, ubi servitus jam est adquisita; nam si tantum promissa, non nisi ex stipulatu agendum; nisi forte, si testamento relicta sit, videatur et confessoria agi posse, per ea, quae diximus *ad. tit. de servit. n.* 10. Huic opponitur actio Negatoria, qua alter negat suum praedium debere servitutem: ex qua definitione satis liquet, negatoriam actionem non esse ex servitute, sed contrariam servituti, et ex jure libertatis, quae dominio cohaeret. Caeterum datur haec negatoria domino possidenti fundum; quod in rebus corporalibus non

(d) *Pos.* 10. 11. 12. 13. 14.

fit, oam possidentes tuentar se commodo possessionis, non agunt rem suam esse, praeterquam uoo casu in *fine h.* §. 2. quem tameo uoum casum oemo adhuc monstrare potuit; nisi legeodnm sit, *hoc uno casu*, tali seosu, quod possidenti noo detur actio ic rem, excepto hoo casu actianis negatoriae.

6. Plaoe in hoc articulo duplex movetur difficultas, primo enim dicam scribit Justiniano Wissenbachius noster *disp. ad h. t. th.* 14. *Actio negatoria*, inquit, *ex Sententia Justiniani non habet locum in controversiis rerum corporalium.* §. 2. h. *Rationem reddit Caesar, quod, in hisce controversiis agat is, qui non possidet; sentit ergo Imperator actionem negatoriam possessori tantum competere, quod falsum est, competit enim utrique et possessori et non possessori,* l. 6. §. 1. l. 8. §. 3. si servit. vind. *ut, si postquam aedificatum sit, agam, tibi non esse jus altius tollendi: Item, Si postquam tigna immissa sunt, agam, tibi non esse jus immittendi. dd. ll.* Utcumque autem vir Summus Cujacium et Contium laudet auctores, hac parte noo dubito quin nulle merito Justiniaous redarguatur. Eteoim primo noo est in ejus verbis, quod negatoria semper detur possessori; sed haec est ejus simplex ratiocinatio; Negatoria actio uon datur de rebus corporalibus, quoniam in illis onmquam fit ut auctor possidsat, verum is, qui noo possidet actoria ibi partes sustinet: hoc enim agit, ut possessionem simulque rem ipsam adipiscatur; oegatoria datur etiam possessori; *etiam*; inquam; hoc per consequentiam a Justiniano dictum, facile intelligitur: Atqui illam ipse consequentiam D. Wisseub. coocedit. Praeterea mihi quidem Imperator, etsi dixisset negatoriam semper dari possessoribus, tamen reprehendeodus non videretur: sine dubio eoim hoc de possessoribus fuodi, oon juris servitutis iotelligit, ut ex comparatiooe possessoris rerum corporalium iotelligitur: At semper ita, oi fallor, accidit, ut is qui negatoria experitur, fundum, a quo alius petit servitutem et cujus ille vindicat libertatem, possideat. *l.* 2. *si servit. vindic.* Textus autem, quibus utitur D. Wissenbach, aguot de possessione juris, quod longe est aliud. Ex. gr. deben servitutem vicioo altius noo tollendi, quamdiu non aedificavi altius, vicious quasi possessor maoet juris ne mihi liceat altius tollere. Ego vero sum possessor fuodi servientis: at postquam aedificavi, tunc ego quoque sum possessor juris et fundi simul. Neque tamen video, tali casu actionem negatoriam dari tam possidenti quam non possidenti. Datur ei, qui ooo possidet jus servitutis quod sibi vindicat, adversus possidentem jus cootrarium libertat s. Igitur si Wissenbachius de jure loquitur, verum oco est dari negatoriam possidenti aeque ac non possidenti: si de fundo, ooo recte ootradicet Justiniaoo adsereoti, negatoriam boc babere peculiare, quod detur possidenti, cum aliae in Rem actiooes possidentibus oumquam dentur.

Alter scrupulus, quem nobis hic reliquit Imperator, est is, quod uno casu dixit evenire, ut is qui possidet, nibilominus actoris partes obtineat. Mirificè desudant Ioterpretes, ut unum ejusmodi oasum reperiant, quo possessor rei corporalis agat in Rem: quorum omnium cogitatiooes refellit noster D. Wissenbach post A. Matthaeum ad hunc §. 2. vid. *disp.* 44. *ad Inst. th.* 16. Secundum hoc igitur ille casus κεῖται ἐν ἀποκρύφοις, *est res inexplicabilis.* Malim esse cootentus ea expositione, quam viri maximi, Goveanus 1. *var. lect.* 41. Cujacius et Hotoman. *ad hunc* §. 2. Mornac. *ad l.* 6. *si Servit. vind.* aliique sequuntur, casum illum unicum noo esse alibi quam in hoc *ipso* §. 2. quaerendum; scilicet in servitutibus fieri, ut *is*, qui possidet etiam actoris partes teoeat, quemadmodum modo exposuimus. Quam interpretationem luculenter executus videtur Theoph. quem in eadem fuisse seoteotia, perspicue, ni fallor, intelligi potest. Primo enim verba Justiniani ferme κατὰ πόδας παραφράζει, in quibus sic erat scriptum; *Ei, qui possidet: non est actio prodita per quam neget rem actoris esse.* Rursus; *uno casu qui possidet actoris partes obtinet*, ἐν ἑνὶ μόνῳ θέματι, uno solo casu. Post haec exposita, παραφραστικῶς, ut solet, repetitionem et exegesin eorumdem verborum instituit, uti primo rationem reddat, quare io actionibus in Rem negatoria locum non habeat; quomodo eoim possessor ageret, ioquit, Nego rem esse adversarii; ergo est mea? At hoc non sequitar: potest eoim esse tertii. ἀλλὰ ταῦτα μὲν ἐπὶ τῶν σωματικῶν, *Sed haec quidem in corporalibus*, ἐπὶ δὲ ἀσωμάτων καλῶς κινοῦμεν τὴν in rem κονφεσσορίαν, κινοῦμεν δὲ καὶ νεγατορίαν, *in rebus incorporalibus non modo confessorie, sed etiam negatorie*, inquit, *recte agimus.* Licet eoim sic agere: Nego meum fundum tibi servire, peto igitur eum liberum tuae dominationis declarari. De rebus corporalibus qui in rem agit, ex suo Jure experitur et concludit rem esse suam, petitque se dominum declarari; conclusio ut a petitione adversarii liberetur, ibi oulla prodita est; sufficit in eum finem interdictum et quod se commodo possessionis tuetur. Reddit ita evidenter rationem exceptionis Theophilus, τοῦ ἑνὸς μόνου θέματος, *unici casus illius*, quem antea dixerat esse exceptum. Aliter Vinnius *hic*, aliique.

Praeterea notandum, actionem confessoriam posse verbis constare negativis, et negatoriam affirmativis, quoties sc. natura servitutis haec est, ut actoris intentio negative exprimenda sit. Exemplum; ajo te non posse altius tollere, haec est Actio confessoria, id est, dico te mihi debere servitutem altius non tollendi: vice versa, his verbis, ajo me posse altius tollere: constat Actio negatoria; ac si diceret actor, nego me tibi debere servitutem altius non tollendi. *l.* 4. §. 7. *D. si servit. vindic.* Sed obstat vehementer, quod Caesar scribit *in d.* §. 2. *Si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendive .... istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae.* Simplex responsio est, servitutem altius non tollendi esse negativam, quando agimus de servitute altius tollendi, quam dedimus expositam *supra ad tit. de servit. n.* 7. Alii subtilius, dicunt a Justiniano illic *jus altius non tollendi* appellari jus dominantis, quo quis alium prohibere potest ne altius tollat: Cum igitur vicinus parat altius tollere, et dominans eum vult impedire; tum hic negatoriam habet, ac ita ait; Tu non habes jus altius tollendi, sive, tibi non competit servitus altius non tollendi, qua me prohibere possis.

7 (*e*) Sequitur alterum novissimae divisionis membrum, actiones in rem praetoriae, quae sunt Publiciana, Rescissoria, Pauliana, Serviana, et quasi Serviana sive Hypotecaria. §. 3. *h.* Praetor eas ex sua jurisdictione produxit, eo quod Legibus non essent jura in Re constituta, unde hae actiones producerentur. Nec quidem ut nunc a Praetore sunt stabilitae ex juribus in Re oriuntur, praeter duas postremas, quae ex pignore nascuntur; Reliquae nihil habent, quod iis principium actionis in Rem tribuat, praeter solam Edicti auctoritatem et aequitatem, quae Praetorem movit, at haec est generalis, nec profecto jus in Re est.

SCHOLIUM.

De Pauliana effatum auctoris concedo, non vero de Publiciana vel Rescissoria, utpote quae ex dominio praesumpto oriuntur. vide Magnif. Dn. Born. d. l. c. 2. §. ult.

RESPONSIO

Atqui Publiciana et Rescissoria actiones diserte non dominis dari dicuntur, ut videbimus. Fictio dominii cujus mentio fieri videtur in §. 4. et 5. *non inducit praesumptionem dominii, sed potius ad effectum pertinet; vindicat rem suam esse ac si esset dominus; cum satis constet, eum non esse dominum, necdum ejus rei dominus effectus est; habetur* in d. §. 4.

N. ADDIT.

Et his supersedisset Autor si ei locum Bornianum inspicere licuisset. Dominium praesumptum, *inquit Bornius d. l.* vero illud, quod aut nondum est, aut fuit quidem, sed jure stricto iterum amissum deprehenditur. *Hinc facile corruunt quae Autor hic movet, quod hae actiones dentur non dominis. Distingue inter dominium civile et praetorium, seu illud praesumptum. Deinde verum est, fictio dominii ad effectum pertinet, quod quis vindicet rem suam esse, ac si esset Dominus, sed inde non sequitur, quod ex eo non inducatur praesumptio Dominii. Quid ergo? Sane effectus testatur de causa. Ergo liceat illam rationem Autoris potius invertere. Et quidem non est simplex praesumptio quae elidi possit, sed praesumptio firmissima et similis praesumptioni quam Doctores solent appellare juris et de jure.*

Videamus singulas actiones; PUBLICIANA datur ei qui rem bona fide justoque titulo actus a non domino, ante usucapionem impletam amisit, ad hoc, ut eam recuperet a quolibet possessore. §. 4.

SCHOLIUM.

Hanc ex dominio praesumpto agnoscit etiam Struvius Ex. XI. th. 40. *Autor id negat quia* qui non habet dominium, is nec jus habet dominii. *Sed bonae fidei possessor respectu aliorum habet utique dominium praesumptum, hactenus enim bona fides est* instar dominii. *Et hoc malo asserere, quam cum autore* d. l. fundamentum hujus actionis, deficiente tam dominio quam obligatione, esse aequitatem. *Ut enim causa haec nimis generalis est, et in rei vindicatione etiam bonae fidei possessor ex aequitate obligatur ad rem domino restituendam, ita quoque actionem hanc ex numero actionum personalium videtur extrudere, ut hoc pacto tertium genus actionum formandum sit, sub quo comprehendantur actiones neque ex dominio neque ex obligatione venientes.*

RESPONSIO.

Tale genus actionum, quae neque e dominio neque ex obligatione sunt, dari probat l. 32. de Reb. Cred. *Lex vel Edictum sufficit actioni in rem producendae. Quid autem est notius, quam oppositio domini et bonae*

(*e*) *Pos.* 15. *et seqq.*

f. possessoris? Verum est, hunc saepe dominum praesumi quando veritas ignoratur sed ubi palam actio datur tamquam bonae f. possessori, nulla species eum appellandi dominum praesumptum superest.

N. Addit

Non sentit Autor, quod hac responsione contra seipsum disputet, ut qui supra ad tit. de Rer. divis. n. 1. *Jus rerum ad duo summa capita retulerat, de dominio et obligationibus. Vel igitur ista purtitio fuit insufficiens, vel non datur actio ad jus rerum pertinens quae neque ex dominio neque ex obligatione fluat. Lex.* 32 de rebus Cred. *continet speciem obligationis ex quasi contractu, quia ibi est factum innoxium regulis aequitatis subnixum. Denique si lex vel edictum sufficit actioni in rem producendae, sufficit etiam ad producendum dominium tamquam fontem genericum actionis omnis in rem. Si ad hoc non est sufficiens, nec ad prius sufficiet. Ad reliqua jam responsum fuit in* nova addit. praeced.

Fundamentum hujus actionis, deficiente tam dominio quam obligatione, est aequitas, quae potius, ut res apud eum sit qui bonam fidem titulumque habet, quam apud aliam, dictat. Ideoque non est opus mendacio, quod hic in §. 4. suggeri videtur, ut auctor se dicat usucepisse, quod non usucepit; (1) nisi juxte Theophilum addat, *ὡσπερεὶ οὐσουκαπίτευσα*, *quasi usucepi*, sane hoc verissimum est, actorem, qui non usucepit, agere heic nihilo secus ac si usucepisset, alioqui nulla in Pandect. *h. t.* figmenti hujus occurrit mentio. Denique non datur veris Dominis haec actio, quia illis *necessaria* non est, *l.* 1. §. 1. *de Public.* pari sensu, quo in *l.* 24. *de capt., et de postlim.* capto a latronibus postliminium necessarium non est, cum nullo modo ei possit applicari; simile est in *l.* 21. §. 1. *eod.* Regulariter non est quod desideret hanc actionem bonae f. possessor, potest tamen fieri ut ei sit necessaria, si forte dominii probationibus diffidens contentus sit agere vi bonae fidei possessionis; Nescio, an hoc sensu dissentiat D. Wisseobach. *ad tit ff. de Public. in rem act th.* 23. Domino qua tali, seque talem profitenti, non potest dari Publiciana: Non dicenti se talem, etsi vere talis sit, amoino dari potest. Denique nec contra verum dominum agi Publiciana, res ipsa loquitur *l. penult. de Publ.* §. 4. *h. tit.* Excipe casum *l.* 31. *Ex quib. caus. maj.* ubi Reip. causa absens rem meam usucepit, cujus possessionem ego rursus sum nactus, eaque denuo ad illum, qui rem prius usuceperat, rediit; jam mihi contra illum etsi per usucapionem dominio potitum, datur haec actio. Sunt alii casus excepti *in. l.* 72. *de R. V. l.* 57. *Mandati. l.* 28. *de Noxal. action.* ne quidem adversus alium qui non titulo possidet, *l.* 9. §. 4. *de Public.* cum enim tu, qui Publicianam moves, nihilo plus juris habeas, potior est causa possidentis: est aliud, si rem ab eodem auctore nacti estis, nam tunc melioris est cui res priori tradita fuit, *d. l.* 9. § 4. non est eadem species (*) in *l.* 31. §. *fin. de Action. empt.*

Scholium.

(*) *Ex mente JCtorum forte est eadem species: Conferenti enim unum textum cum alio, verba monstrabunt, hac parte dissensionem fuisse inter JCtos. Et mire variant Doctores de invenienda specie* d. l. 31. *quae non pugnet* cum. d. l. 9. §. 4. vide Strauch. XXII. 3. et ibi not. p. 293 Wissenb. ed ff. h. t. th. 26.

Responsio.

Videbimus ad tit. ff. de Public. act. in fin. *et jam dix.* in posit. ibid.

N. Addit.

Mihi adhuc videtur subesse antinomia, et distinctiunculae Doctorum jam notatae in allegatis locis, non esse sufficientes. Tu lector Judica ex ipsis textibus. In primo ait Ulpianus: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videndum, quis magis Publiciana uti possit: Utrum is, cui priori res tradita est, an is qui tantum emit. Et Julianus scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est. *Longe aliter philosophatur* Neratius *in altero, textu.* Uterque nostrum eamdem rem emit a non domino. Cum emptio venditio sine dolo malo fieret, traditaque est, sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a Domino emisset, is omnimodo tuendus est. *Hic coecus sit oportet, qui non videat, Neratium Juliani et Ulpiani distinctioni contradicere voluisse.*

Caeterum, ex definitione Publicianae et *d.* §. 4. satis liquet rem traditam esse oportere, nunquam heres fideicommissarius, etsi possessionem

(1) *Fundamentum hujus actionis esse dominium a praetore fictum, recte monet Hein. in not. ad Vinnium ad* §. 4. *h. t. n. 7. quem consule.*

non sit adeptus, uti potest Publiciana, quasi hereditas pro illo possederit. *l.* 12. §. 1. *de Public.* Ex justa quoque causa rem traditam esse oportere, similiter in definitione collatum est, ut tamen, si quis justo errore facti causam subesse putaverit, quae non erat (velut, si emerit a furioso, quem ignorabat furere) licet emptio non valeat, *l.* 5. *de R. J.* Publiciana nihilominus detur, *l.* 7. §. 2. *de Public.* non tamen contra ipsum furiosum, ut capienda videtur *l.* 2. §. 16. *D. Pro emptore.* (2) vid. D. Wissenb. *ad h. t. ff. th.* 24. Jam ex his quae dicta sunt per se liquet, nullum jus in Re causam huic actioni praebere. Nec enim quisquam aut possessionem aut jus possessionis hucsana ratione adducere potest. Nam qui habet Publicianam, is amisit possessionem; habet jus recuperandae possessionis; at hoc nemo jus possessionis dixerit: qui non habet dominium, is nec jus habet dominii, qui servitute caret, is nec jure servitutis gaudet. Sic nihilo magis jus possessionis habet, qui ipsa possessione privatus est, ut pluribus a nobis approbatum est in *lib.* 4. *Digress. cap.* 10. Proinde necessaria hinc est consecutio, Publicianam proprie non esse in Rem actionem, sed magis ex earum numero, quae in rem scriptae dicuntur; quarum haec est natura, ut cum nullo ex jure in Re nascantur, tamen adversus quemlibet possessorem dentur (3).

8. (f) Altera ex Praetoriis in Rem, est RESCISSORIA, qua rescinditur usucapio in favorem ejus, qui per absentiam laesus fuit. Est autem duplex, una datur absentibus contra praesentes, altera praesentibus contra absentes, *l.* 1. *D. ex quib. caus. major.* utraque finiebatur olim anno utili, hodie quadriennio. §. 5. *h. t. l. ult. C. de temp. in int. restit.* Absentibus, scil. Reip. causa, datur actio, qua rem suam se absentibus usucaptam per praesentes, usucapione rescissa, revocant. Idem est, si actio per praescriptionem sublata sit, uti perinde res petatur, ac si praescriptio non esset absoluta. *d. l.* 1. §. 1. *Ex quib. caus. maj.* Praesentibus datur Actio contra quoslibet absentes, seu justa sive ex injusta causa, contra eos, inquam, qui defensorem non habuerunt, *l.* 22. *d. tit.* ac interim res praesentium usus ceperunt, in hoc, ut rescissa usucapione, res revocetur atque restituatur. vid. de utraque hac actione *d. l.* 1. *et tit. D. ex quibus caus. majores.* Sed quaeri poterat, an non haec actio rescissoria sit supervacua, ex eo, quod in *l.* 1. *in fin. C. de annal. except.* scriptum est, non valenti agere non currere praescriptionem; At haec regula de ejusmodi impedimentis intelligenda est, quae personam ad agendum inhabilem reddunt, veluti filium dum est in potestate, mulierem constante matrimonio: sed impedimenta alia extrinsecus etiam a jure obvenientia, praescriptionis quidem initio obstant, sed rite inchoatam sistere non possunt. Baebov. *disp.* 3. *de Action. th.* 27. *in fin.* Caeterum jure novo post *l.* 2. *C. de Annal. except.* non videtur haec restitutionis species, quae datur praesentibus contra absentes, amplius necessaria; quoniam is, adversus quem usucapio vel praescriptio inchoata est, libello dumtaxat oblato, etiam absentis praescriptionem interrumpere potest. *d. l.* 2. Proinde quod indefensus fuit reus, sine quo non procedit haec restitutio, nihil ad rem modo pertinet. Diss. Scholiast. *ad pos.* 23. ratione non reddita. Hoc tamen etiamnum oportet a nobis observetur: in priori specie actionis rescissoriae, qua absentibus consulitur, Reipubl. quidem causa absentes memorari, sed eam minime tam stricte, atque supra in excusatione a Tutela nobis usurpata est, hic intelligendam; Quippe non tantum Reipubl. appellatio hic etiam ad municipia extenditur, *l.* 8. *l.* 35. §. 8. *Ex quib. caus. major.* sed etiam ad quamvis justam, imo probabilem causam, qualis est vinculorum et studiorum. *d. l.* 1. *in fin. et l.* 28. *eod.* Limitatio tamen habetur in *l.* 36. *d. tit.* quod hi soli Reipubl. causa abesse dicendi sunt, qui non sui commodi causa, sed coacti absunt, ubi quidem coactio rursus per ea, quae modo dicta, restringitur, ut civiliter intelligatur, quatenus etiam studiorum occupatio pro necessitate peregrinandi habetur; ut tamen ad mercaturam vix produci posse videatur, quia diserte ea species impingit in verba Ulpiani, *non sui commodi causa d. l.* 36. quanquam in his Rebuspubl. ubi mercatura viget, ratio ab hac quoque extensione

(f) *Pos.* 19. 20. et 21.

(2) *Patem frustra tentari conciliationem inter hos textus, etenim Ulpianus in* l. 7. §. 2. de Public. *ex eo quod usucapio admissa sit, statim infert:* ergo et Publicianam habebit. *Sed hanc sequelam non admittit Paulus in* l. 2. § 16. pro empt. *motus ratione* l. 14. ff. de legib. *Responsio Auctoris admitti nequit, ratio enim cur Paulus Publicianam non concedat, est, quia* nulla esset emptio. *Est autem nulla non tantum respectu furiosi, sed etiam respectu tertii, adeoque nec contra tertium potest competere Publiciana.*

(3) *Verum quidem est hanc actionem ex vero dominio non oriri, nec ex jure possessionis, uti bene observat Auctor, non tamen ausim dicere eam proprie non esse in rem actionem, oritur enim, ut jam ex Hein. observatum est, ex dominio a praetore contra tertium possessorem non dominum ficto, et sic jus in re, a praetore propter aequitatem fictum, causam huic actioni praebet.*

neutiquam abhorret; verum aliud est jus scriptum interpretari, aliud novi juris auctorem esse condendi. Dissent. D. Wissenb. *ad d. tit. ff. th.* 4. cujus rationes lo eam partem, quae non est officii nostri, sine dubio valent. Sic alibi videbimus, hypothecam tacitam dari creditoribus ad domum reficiendam, nec aeque ad reficiendam navem mercaturae causa *ad tit. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac.* etsi ratio pro his aeque bona sita. Diss. etiam Scholiastes ad *pos.* 24. *h. t.* eo quod *d. l.* 36. saltem inferat, quod mercatoribus non detur restitutio propter absentiam Reip. causa. Atqui Edictum de hac loquitur, aut de talibus, quae ad eam referri possunt. Proinde si ad hanc referri non potest mercatura, quomodo ad Edictum pertinet? Eritne causa vinculorum ad quam mercatura refertur? Aut quae tandem? Frustra exceperis, absentes studii literarum causa, sui quoque abesse commodi gratia; nam etsi hoc est verissimum, tamen hoc *commodi* vocabulo, lucrum significari pecuniarium, caret omni dubio. Caeterum, de altera Edicti parte, qua Praetor contra absentes praesentibus succurrit, sola Justinianus agit in nostro §. 5. In hac autem mireris merito, quod absentiam requirat Reip. causa, cum actio, quae datur adversus absentes, quaeque ad jus eorum minuendum pertinet, non debeat esse durior in eos, qui publicam utilitatis causam habent, quam qui suo commodo vel in fraudem aliorum absunt: Quanquam vero ad excusandum Tribonianum proferatur, et quidem recte, credo, absentiam Reip. causa tantum exempli causa allegari, tamen fieri non potest, quin negligentius id *exempli causa* sit positum, quod minus ad rem faciebat, neque potius, ut res erat, ita sit scriptum, quod totidem verbis, ac quae jam collocata sunt, fieri potuisset. Sed valeat illa excusatio, et acquiescamus in eo quod aliunde suppleri potest.

9. (g) Tertia sequitur actio Praetoria in Rem, sic dicta; Qua creditores, qui sunt missi in possessionem bonorum debitoris sui, repetunt ea, quae in fraudem suam a debitore sunt alienata; perinde ac si res adhuc in bonis debitoris mansisset. Sciendum autem creditoribus duplicem ex hac causa actionem dari; unam ex pignore Praetorio, quae datur ad repetenda ea, quae post decretum factamque missionem sunt alienata, *l. ult. C. de Praet. pign.* ubi creditori misso in possessionem datur hypothecaria, *quocunque modo possessionem amittat*, cujus usum jure veteri tam late non patuisse, facile exinde colligitur; Alteram, quae competit etiam creditoribus post missionem, ad revocanda ea quae vel ante, vel post missionis decretum alienata fuerant, *l.* 1. *in pr.* l. 9. *et l.* 10. *in pr. quae in fraud. credit.* eaque PAULIANA dicitur in *l.* 38. §. 4. *de usur.* nec aliter competit, quam si facta sit alienatio fraudandi animo. *d. l.* 1. *et d. l.* 10. Quod requisitum cum hic quoque diserte collocatum sit, nihil dubitandum, quin recte Theophilus *ad hunc* §. de hac actione dixerit, ὅτι λέγεται Παυλιανή, *quae Pauliana dicitur*; Nam ad alteram, quae ex pignore Praetorio nascitur, animus fraudandi non requiritur *d. l. ult. C.* Ratio autem, quae movit quosdam, ut hic de posteriori et Praetorio pignore agi putaverint, quam et D. Schotanus *in exam. ad tit. ff. quae in fraud. cred.* laudat, esse videtur, quia vident Paulianam actionem non esse in rem, non magis quam Favianam et Calvisianam, quibus patroni in suam fraudem alienata revocant, *l.* 1. §. 26. *si quid in fraud. Patron.* ubi diserte illae in personam dicuntur. Actionem autem, de qua hoc §. 5. agitur, in rem esse, pro certo habent, (4) Imo certum est, hanc actionem, quemadmodum et praecedentes, proprie non esse in Rem, quia non datur ex aliquo jure in Re, sed Creditoribus personalibus, et est in factum. *l.* 10. *in pr. D. quae in fraud. credit.* Omnis autem in factum actio est in personam, *per l.* 25. *D. de O. et A.* vid. de Wissenb. *ad h. t. th.* 28. *noviss. edit.* Verum in hoc imitatur naturam actionum in rem, quod detur in quemcunque possessorem; cujusmodi Actiones *in rem scriptae* dici, inquam, solent; quae suo scilicet fundamento sunt personales, verum ex nullo jure in Re nascuntur, hoc autem habent Reale, quod etiam contra tertium, adeoque possessorem quemlibet dantur; et haec fuit ratio, quare Justinianus eam in numero actionum in Rem posuerit; quod eo minus novum videri debet, cum idem fere in Publiciana contigisse, modo sit dictum; nec aliter in Rescissoriis obtinet; nam (ut hoc loco id collocemus) ibi quoque nullum jus in Re ut fundamentum hujus actionis

(g) *Pos.* 22. 23. 24. 25.

(4) *Et merito, nascitur enim ex jure in re quod creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum consequebantur, et idea in hoc* §. 6. *diserte mentio fit* bonorum ex sententia praesidis possessorum. *Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 6. h. t. n. 2. *hanc interpretationem malim admittere, quam cum Auctore dicere, actionem, de qua hic, proprie non esse in rem, sed tantum actionum realium naturam imitari, aut cum aliis, crassae admodum inscitiae Tribonianum et socios arguere.*

monstrari potest. (5) Jus enim vere translatum fuit in eum, qui usucepit aut praescripsit, nec actori quidquam tribui potest, quam aequitatis ratio, cur ei haec actio indulgenda fuerit. *Quaeritur* postremo, an Pauliana detur etiam in possessores fraudis ignaros; et distinguitur, qui rem tenent ex causa lucrativa, possunt conveniri, secus si ex causa onerosa rem sint nacti. *l.* 6. §. 11. *quae in fraud. credit.* Est autem et dos causa onerosa. *l.* 56. §. 1. *de jur. dot.* Sed alienare non videtur, qui tantum repudiat jus recens adquisitum, *l.* 6. *in pr. et* §. 2. *Quae in fraud. credit.* ut in suprema Frisiorum Curia judicatum est non semel. Sand. 3. *decis.* 13. *defin.* 3.

Idem Sandius in ea sententia esse videtur *d. tit. def.* 1. Paulianam jure non dari, de rebus ante missionem in possessionem alienatis: idque probat tribus argumentis petitis ex *l.* 6. §. 7. *Quae in fraud. Cred.* ex §. 6. *h. t.* et ex *l.* 9. *quae in fraud. Cred.* laudatque Donellum et alios idem sentientes. Atqui in *l.* 1. *et in l.* 10. passimque *d. tit. Quae in fraud. Cred.* indistincte agitur de his, quae in fraudem Creditorum alienata sunt, idque restringi ad alienata post missionem facta, incivile est, quia tales alienationes sunt rariores, utpote debitoribus administratione rerum suarum jam tum privatis. Textus objecti non probant quod vult Sandius. Etenim *l.* 6. §. 7. non agit de rebus in fraudem Creditorum alienatis, sed de pecunia ab uno e creditoribus seorsim a debitore accepta. Verba §. 6. *h. t.* non inferunt, alienationem ante missionem esse factam, sed actionem revocatoriam non dari ante missionem. *L.* 9. docet, bonae fidei emptorem de re post missionem empta non teneri. Inde non sequitur, de alienatione fraudulenter ante missionem facta non dari actionem. Bene est, quod Dd. *commun.* et Curia, teste Sandio, aliter sentiunt. Ex his velim explices aut suppleas, quod in *posit.* 23. scriptum est, Paulianam dari de rebus alienatis ante missionem, post eam dari hypothecariam. Verum est, Paulianam de rebus post missionem alienatis non esse necessariam, quia tunc hypothecaria datur, uti post *d. l. ult.* Sed tamen non dari Paulianam, si fraudandi animus adsit, non est adfirmandum.

10. (b) Sequitur Actio SERVIANA, sic ab auctore, quemadmodum et Publiciana et Pauliana, dicta; datur haec autem Domino fundi ad persequendas res coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ipsi tenentur, adversus quemlibet possessorem, uti rebus cedat aut mercedem solvat; alioqui in id quod interest condemnatur, ut explicatum in *l.* 16. §. 3. *de pignor.* Res autem, quae pignoris jure tenentur domino, sunt primo fructus, qui tacite sine ulla conventione pro mercede sunt obligati. *l.* 7. *In quib. caus. pign. vel hyp. tacit contrah.* Praeterea res invectae et illatae; at hae non aliter, quam si nominatim ita convenerit, ut pro mercede tenerentur, *l.* 4. *eod. tit.* aut saltem quae voluntate domini in fundum sunt illatae, *l.* 5. *C. locati.* quod non de simplici consensu domini accipiendum videtur; sed de conventione, qua dominus fundum ea lege locavit, ut certae res in eum inferrentur. Donell. *comm. de pignor. tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contrah.* In urbanis praediis res invectae et illatae sine ulla conventione per se pro mercede pignoratae intelliguntur, quod secus in rusticis obtinere, jam diximus. Ratio differentiae, quoniam in rusticis fructus tacite sunt obligati; proinde ibi duplici pignore nihil est opus, sed in urbanis, cum nihil sit quam res illatae, necesse fuit in his lege statui hypothecam. *d. l.* 4. juncta *l.* 7. *d. t. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah.*

11. In eodem §. traditur actio quasi Serviana sive HYPOTHECARIA, quae datur cuilibet creditori ad persequendum pignus sive hypothecam; contra quemlibet possessorem in hoc, ut rem pignoratam, restituat, vel debitum actori solvat. *d. l.* 16. §. 3. *de pignor.* Est etiam haec actio praetoria, quae fortasse nomen actionis in Rem tueri potest, siquidem non modo contra quemlibet possessorem datur, sed etiam jus aliquod in Re in antecessum extat, unde originem habet, jus scilicet pignoris sive hypothecae. Nam inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt, *l.* 5. §. 1. *de pignor.* quod tamen Imperator in hoc §. 7. limitat, *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, inquit. Imo generali significatione juris, simpliciter verum est, quod Marcianus *d. l.* 5. auctor scribit; quoniam, de quacumque re inter creditorem et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, illa utraque hac appellatione continetur, ait idem Caesar in *d.* §. 7. *h.* sed accidit hisce verbis, quod aliis in jure et in omni disciplina innumeris, ut cum pauciora sint

(b) *Pos.* 26. 27.

(5) *Imo potest, jus in re nempe a praetore fictum, ut enim in Publiciana praetor fingit eum, qui non usucepit, esse dominum, ita quoque in Rescissoria fingit eum, qui usucepit, non esse dominum, adeoque dominium fictum penes actorem esse. Cum enim idem utriusque actionis sit auctor, et haec Rescissoria diserte vocetur Publiciana in* l. 35. de O. et A. l. 57. mand. *fictum a praetore jus reale, quod est fundamentum Publicianae, etiam est fundamentum Rescissoriae.*

verba quam res, nomen generis uni specini applicetur; Ita, inquam, ut pignori et hypothecae evenit, ut haec quidem vax de re immobili, pignus de mobili potissimum usurpetur. Scilicet ὑποθήκη vernacula significatione rem notat, quae alteri supposita et obnoxia est, seu mobilis sive res soli. Quia tamen res mobiles specialiter pignoratae, fere traduntur de manu in manum, ideo hypotheca earum rerum, proprio nomine pignus dicitur, a *pugno*, quemadmodum Graecis eadem causa ἐνέχυρον usurpatur, quasi manualis hypotheca. *l.* 238. §. 2. *de V. S.* Et tamen rursus fieri potest, ut etiam pignus in illa significatione stricta de rebus immobilibus praedicetur; si nempe traditae fuerint non quidem de manu in manum, sed ita ut possessio in creditorem transferatur, quo sensu Imperator in *hoc* §. 7. *nam pignoris appellatione*, ait, *eam rem proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime, si mobilis sit.* Atqui res immobiles etiam tradi posse, ait, quemadmodum supra ad §. 40. *Inst. de R. D.* intellectum est. Sed hic jam quaesito opus est, sitne hypotheca, quae sine traditione per conventionem solam constituitur, verum jus in Re, ita ut hypothecaria usquequaque non modo in Rem scripta, sed etiam solida in Rem actio sit. De pignore equidem stricte sumpto, nihil ambigendum, quin Juris in Re nomen tueri queat, siquidem traditionis ea vis est, ut si talis sit animus et conventio partium, facile rem ipsam afficere eique perpetuam qualitatem imprimere possit. Nam si dominia vi traditionis constituuntur, *l.* 20. *C. de Pact.* quidni et jus in Re, quod actionem in rem prodeat, inde nasci queat, accedente in primis auctoritate Praetoris? At sola conventio non est habilis causa juris in Re, quemadmodum ex *l.* 3. *de O. et A. et d. l.* 20. *C. de pact.* et ex subductione singularum juris in Re specierum facile colligitur, ut pluribus a nobis probatum *lib.* 4. *Digress. c.* 7. At si Lex aut Edictum Praetoris, quod vim Legis habet, actionem in Rem ex aliqua conventione producat et stabiliat, tum hoc ipso jus ex illa conventione natum, fit Jus in Re, afficiens rem ubicumque sit et reperiatur. Hoc Praetor effecit adversus hypothecam. Huc enim pertinent verba Pauli in *l.* 17. §. 2. *de Pact. De pignore jure honorario nascitur pacto actio*: Hoc est, pignus, quod pacto contrahitur, id est hypotheca, parit actionem jure Praetorio, quae non est alia quam hypothecaria; quippe, cum pignoratitia sit civilis actio. §. *ult. supr. quib. mod. re contrah. oblig.* Reprehensio quam Bachovius multa cum ingenuitate atque libertatis praetextu contra Paulum ob allegata dicta instituit, *lib.* 3. *de pignor. c.* 3. *n.* 1. *sub. fin.* mihi et Paulo et Bachovio minus digna videtur. Quare autem Praetor pactum hypothecae potius vi actionis, et quidem actionis in Rem, donare voluerit, non videtur esse ratio ea, quam reddit idem Bachovius, *eod. tract. lib.* 1. *c.* 3. quia pignus modici sit praejudicii, licet Huenin rationem illam improbandi insultet; sed frequens pignorum usus ac utilitas, ut intelligimus ex *l.* 14. §. 1. *de pec. constit.* ubi; *cum utilitas pignorum irrepserit*; quemadmodum et ratio pactum constituti ad eamdem dignationem perduxerat; juxta alteram, quod constitutum se ad alium contractum referret, quod pariter in pignore locum habet. In rem autem dedit ex hypotheca Praetor actionem potius quam personalem, quia nullum usum creditori praebere poterat, nisi rem pignori obligatam ubivis petere atque vindicare posset. Igitur quod ad hanc actionem attinet, pignus et hypotheca nihil differunt; nam alioqui pignus, inquam, est, quod traditur creditori, hypotheca cujus possessio manet penes debitorem. *d.* §. 7. Bonae fidei possessor praescribit actioni hypothecariae decem annis inter praesentes, 20. inter absentes. *l.* 1. *et* 2. *C. si advers. cred. praescr. opp.* * Malae fidei possessor 30. annis ** *l.* 3. *l.* 7. *pr. C. de praescr.* 30. *vel.* 40. *annor.* Ipse debitor vel ejus heres annis 40. *** *d. l.* 7. §. 1. Plura dicentur in Pandectis.

12. (i) Sequuntur actiones praetoriae personales, quae vel rei persecutoriae vel poenales sunt. §. 8. *h.* Rei persecutoriae hic numerantur, Actio constitutae pecuniae, de peculio, et in factum. CONSTITUTUM, Unde prima

(i) *Pos.* 28. *et seqq.*

* Jure Saxon. In locum praescriptionis longi temporis, successit praescriptio 31. ann. 6. sept. et 3. dierum, adeoque ea etiam ad actionem hypothecariam, contra b. f. possessorem instituendam, pertinebit. Schilt. *ad ff. Exerc.* 33. §. 26. Carpz. *p.* 2. *C.* 1. *def.* 5. *n.* 4.

** Is vero apud nos, si mala fides possit probari, exceptione praescriptionis se plane nequit tueri, *P.* 2. *C. El.* 3. vid. *c. f. X. de praescript.* Carpzov. *P.* 2. *C.* 3. *d.* 7. conf. Gailii L. 2. *Obs.* 18. *n.* 7. Petr. Muller. *Disput. de mala fide superveniente*, *Jan.* 1686. *hab.*

*** Atque haec extraordinaria praescriptio ne nostro quidem Jure in praescriptionem 31. ann. 6. sept. et 3. dier. mutata est, vid. Zobel *p.* 2. *diff.* 1. *n.* 2. Berl. *P.* 2. *Concl.* 8. *n.* 18. *seqq.* Carpzov. *P.* 2 *C. El.* 3. *def.* 3. *Id. L.* 1. *Resp.* 55. n. 12. Unde Scabinos Lipsienses an. 1668. Mense Decembr. in Saxonia, secundum *l.* 7. §. 1. *C. de praescr.* 30. *vel.* 40. *annor.* respondisse, eorumque sententiam anno 1672. in instantia secunda confirmatam esse, monet Lyncker. *Disp. de Fatalibus*, *th.* 37.

actio, † est nudum pactum edicto praetoris approbatum, quo quis promittit, se quod ipse vel alius debet, soluturum. §. 9. *h. l.* 1. §. 1. *de pecun. constit.* Quatenus pro nobis ipsis constituimus, ita adhuc est in usu, idemque, ni fallor, est, quod vulgo vocatur *acte van aenneeminge*, maxime si in judicio fiat: quo casu habet executionem paratam, sed constitutum pro alia factum, non differt hodie a fidejussione, quia pactum et stipulatio, qua fidejussio differt a constituto, moribus hodiernis non distinguuntur, ut diximus alias. Imperator in hoc §. 8. praeter actionem constitutae pecuniae, refert adhuc actionem Receptitiam, quae similis fuerit constituti. Qua in re tamen discrepaverit, opportune memorat Theophilus. Nam constituti πλατύνεται μὲν τοῖς προσώποις, *latior est, quod ad personas*, στενοῦται δὲ τοῖς πράγμασι, *rebus autem arctius patet.* Receptitia actio contra στενοῦται μὲν τοῖς προσώποις, πλατύνεται δὲ τοῖς πράγμασι, *quod ad personas, arctius patet; latius, quod ad res attinet.* Etenim receptitia de quibusvis rebus contra solos argentarios dabatur; Constituti actio, de solis rebus fungibilibus adversus quoslibet. Haec insuper praetoria et illa civilis; haec pacto nudo, illa solemnibus verbis constabat, Salmas. *de modo usur. c.* 16. Vinn. *ad h.* §. 8. Justinianus deinde Receptitiae vim omnem transtulit in Constituti actionem, atque ita priorem abolevit, quae ut supervacua cum sua auctoritate jussa est a legibus recedere, ut loquitur in *d.* §. 8. Caeterum, quare pactum Constituti nudum, a Praetore vi actionis sit donatum, ad §. *praeced.* dicere occupavimus, primo ob usum illius pacti frequentem, quatenus omni die fit, ut debitores cunctantes novis pactionibus tam suis quam alienis ad constituendum aliquid certi de solutione obstringantur; dein, quia constitutum est confirmatio obligationis jam antea Jure civili contractae; ut nulla Praetori causa fuerit hoc pactum velut temerarium destituendi. Caeterum, constitui possunt ea, quae vere debentur ac utiliter peti possunt; imo etiam quae naturaliter tantum debentur, *l.* 1. §. 6. *et seqq. l.* 3. §. 1. *de pec. const.* non tamen quae civiliter tantum quaeque per exceptionem elidi possunt. *l.* 3. §. 1. *eod.* Conditionalia non aliter quam sub pari conditione possunt constitui. *l.* 19. *pr. D. de pec. constit.* §. 9. *h.* Reliqua *ad Pand.* Denique Actio de PECULIO datur adversus patres vel dominos, ex contractibus servorum aut filiorumfamil. §. 10. *h.* de qua tit. sequenti plenius.

13. (k) Actio in factum ex JUREJURANDO, datur ei qui juravit sibi deberi adversus debitorem a quo jusjurandum fuerat delatum, aut relatum, nec enim contra tertium dari potest. *l.* 7. §. 7. *de Publ. in rem act.* Delatum est id, quod defertur ab eo, qui de jure suo dubitat, idque conscientiae adversarii committit. Refertur ab altero, qui nec ipse sat certus est, an sibi debeatur, in hunc finem ut alterius jurejurando res terminetur, et qui alterutro horum modorum juravit, is habet actionem in factum ex jurejurando, in qua non cogitur probare, quod sibi debeatur, sed tantum quod juraverit, §. 11. *h. t.* aut quod jurare parato jusjurandum ei fuit remissum. *l.* 9. §. 1. *de jurejur.* Non est instituti nostri de omni jurejurando hoc loci agere; fiet hoc, quando in Pandectis idem caput occurret; ubi de triplici partitione jurisjurandi, in voluntarium, necessarium, et judiciale. Sed ad hunc versiculum tractari vult haec quaestio; cum actio ex jurejurando sit Praetoria, quamobrem Civilis ex eo nulla sit prodita: nihil enim toto jure de actione, quam ex jurejurando detur, praeter hanc speciem, quae litis decidendae gratia interponitur, scriptum est, alioqui promissionis juratae non est major effectus quam pacti nudi. *l.* 35. §. 1. *de jurejur.* Quid retinuit Legum latores, aut JCtos, cum ex solemni verborum conceptione, quae stipulatio est, dederint actionem, quo minus e promisso, quod divini nominis invocatione sancitum erat, actionis vim educerent? Tantumne juris naevum necessum erit agnoscere, ut contemptu religionis id omissum, aut commissum fateamur? Non potest hoc cuiquam in mentem venire, cui mos populi Rom. in servanda fide jurata publice privatimque sit cognitus: potius in animum inducet, hanc ipsam religionem fuisse impedimento, ne promiscua jurandi consuetudine, quae sine dubio inolevisset, si juramenta pactis adjecta forent, idque cum effectu forensi, res sanctissima profanaretur: Non obscure colligi potest haec sollicitudo ex memorabili *l.* 8. *de cond. instit.* Quid igitur movit Praetorem, ut in hac specie delati litis causa jurisjurandi, produceret actionem? Non tantum quod durius visum fuit, praestitionem jurisjurandi tam solemniter delatam negligi, sed inprimis favor litium finiendarum, quem toto jure praecipuum esse apparet. Nam jusjurandum speciem transactionis continere, habetur in *l.* 2. *de jurejur. l.* 31. *eod. tit.* juncta *l. ult. pro suo.* quae res efficit, uti ne exceptione quidem perjurii vis hujus actionis elidatur, *d. l.* 31. *l.* 1. *C. de reb. cred.* eoque pertinet quod ex hoc §. 11. intelleximus, non quaeri in hac actione debeaturne vel secus, sed tantum et unice, an juratum sit.

(k) *Pos.* 31.

† Conf. de usu moderno hujus actionis Schilter. *Pr. Jur. Rom. Ex.* 24. §. 75. sq.

Hinc alia nobilis oritur quaestio, sitne jusjurandum species novationis, ita ut prior actio penitus tollatur, an tantum sit adjectitia qualitas aliarum actionum, veluti est actio de peculio, de in rem verso, exercitoria, institoria, similesque: Nec caret usu haec dubitatio; nam si nova sit actio, stricti juris oportet eam esse, cum in §. 28. *h. t.* non recenseatur; ideoque si contractus de quo juratum est fuerit bonae fidei, maximum in forma petitionis judicationisque discrimen infertur, ut inferius ad *d.* §. 28. intelligimus. Non possumus aliter existimare, quam actionem in factum ex jurejurando ita institui, ut prior actio maneat, ejusque formula retineatur, addita mentione jurisjurandi, ut actor onere probandi sublevetur. Docet hoc Ulpianus in *l.* 13. §. 3. et §. 5. *de jurejur. Si quis juraverit*, inquit, *vendidisse me ei rem centum, ex empto agere poterit ut ei caetera praestentur, id est res tradatur et de evictione caveatur.* idemque ex sententia Marcelli in §. 5. repetit. Testus est alius ejusdem Ulpiani in *l.* 7. §. 7. *de Public. in rem act.* in eamdem omnino sententiam. Cui accedit, quod haec actio datur, etsi non sit juratum juramento dumtaxat remisso, *l.* 9. §. 1. *de jurejur.* quod fieri non posset, si haec actio plane nova, nec alio quam jurisjurandi fundamento subnixa esset. Denique, si vera vis novandi inesset juramento, fieri non posset, ut ei, qui se non debere juravit, exceptio daretur, ut fit *infra de except.* §. 4. Nihil enim est notius, quam novationem ipso jure tollere obligationem, ut exceptioni nullo modo sit locus, quemadmodum *supra tit. Quib. mod. toll. obl.* explicatum est. Quid si addamus et hoc: iniquum atque juris rationi adversum esse, ut vel is qui juravit, deferente adversario, conditionem suam faciat deteriorem, si pro bonae fidei actione consequatur juris strictam; vel ut is, contra quem juratum est, causam habeat meliorem, quam erat habiturus, si alter intentionem suam ab initio plene probasset, quod tamen aeque mutatione bonae fidei actionis in aliam, quae juris est stricti, fieri posset. Jurisjurandi scopus est unicus, ut vice probationis fungatur, non ut magis minusve plenam reddat obligationem. Et hoc sensu capimus loca, quibus contrarium probat Vir summus D. Wissenbachius ad *ff. P.* 1. *disp.* 21. *th.* 40. Utique enim hic *l.* 1. *l.* 9. §. 1. *et l.* 11. §. 1. *de Jurejur.* nihil aliud prae se ferunt manifesto: non quaeritur in hac actione an debeatur, sed tantum an juratum sit; hoc est, quaestio principalis habetur pro certa atque probata, de qua nihil opus sit disceptari. Non negatur agi ex illis causis, sed quaeri de illis et ambigi, hoc negant textus. Paulus in *l.* 26. §. *ult.* plusculum movet scrupuli; *Jurisjurandi conditio*, inquit, *ex numero esse potest videri novandi delegandive.* Verbo *videri* fictionem notari, alias non soleo respondere; sed hujusmodi suspensione verborum, *esse potest videri*, improprietatem designari, nemo facile recusabit, ratione improprii sensus eadem, quam modo collocavimus. Fortean firmius ex *l.* 30. *pr. eod.* peti potest argumentum; *Eum qui juravit ex ea actione, quae inficiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere, Pedius ait:* et mox; *potest dici, hoc judicio non principalem causam, sed jusjurandum actoris conservari.* Ibi duplex est ratio. Prima, quod actionis quae jurata est, natura mutetur, siquidem non potest agi in duplum, ubi tamen actio principalis in duplum dabatur: At sane nullam hic fieri novationem, ipse locus docet, cum superesse adhuc in duplum actionem moneat, si actor jurisjurandi beneficio supersedere velit; at cum hujus praesidio levatus est onere probandi, tum dupli petitionem amittit; sufficit enim, hoc eum effectu juramenti gaudere quod nihil probare cogitur. Ultima autem verba sic audienda sunt; quamvis hic causa principalis vertatur, quia tamen de illa non quaeritur, potest dici non tam illam, quam jusjurandum conservari; quia totum actoris fundamentum petitionis est in jurejurando.

14. (l) Actiones praetoriae poenales recensentur in §. 12. tres. *Ex. gr.* Prima adversus eum, qui corrupit album Praetoris, hoc est tabulam, in qua Praetor praescribebat quibus de rebus esset jus dicturus: Poena albi corrupti erat quinquag. aureorum. *l.* 7. *de Jurisd.* v. *l. f. ff. d. pop. act.* Altera est actio in eum, qui parentem vel patronum sine venia praetoris in jus vocavit; estque eadem poena cum priori, qua de re *inferius.* Sed qui in jus vocatum vi exemit, quod est *tertium Exemplum*, tenetur quanti ea res ab actore fuerit aestimata. *l.* 1. *l. pen. et t. tit. Ne quis eum, qui in jus vocat* Dari adhuc alias et quidem innumerabiles, affirmat Imperator, proinde nec nos eas enumerare aggrediemur. Habuimus de dejectis et effusis, de positis et suspensis, item actionem injuriarum, de vi bonorum raptorum, denique adversus calumniatores in quadruplum §. 25. *infra h. t.*

15. (m) Sequuntur PRÆJUDICIA, quae sunt actiones, quibus de statu hominum disceptatur, easque in rem esse videri, affirmat Justinianus *in* §. 13. *h.* certe enim in personam esse non possunt, quia neque ex obligatione nascuntur,

(l) *Pos.* 33. (m) *Pos.* 34. 35. 36.

neque contenditur in iis ut aliquid detur aut fiat; verendum autem est, ne nihilo magis in Rem esse queant; siquidem nulla petitur hic restitutio. Et quidem proprie certum est neutrius esse generis has actiones: quippe, quae nihil aliud quam τύποι *formulae* sola intentione constantes fuerint, ut Theoph. observat: οὐδὲ γὰρ ἔχει καταδίκην ἐν ἑαυτῇ, *non habent in se condemnationem*, scil. ut reus aliquid det aut restituat; Nam alioqui sententiam habent sine dubio praejudicia. Comparatione tamen habita, propius ad in Rem actiones quam in personam accedunt; quia sane quicumque his experitur actionibus, petit aliquid suum, servus libertatem sibi adserit, ut suus dicatur, juxta versic. *postquam vindicta meus a Praetore recessi*; dominus petit Servum in servitutem, patronus vindicat jus patronatus, libertus ingenuitatem, Pater filium, hic vero jus filii se habere contendit, eoque cum effectu potiri cupit. Ex his jam exemplis, quot dentur praejudicia colligi potest, tria omnino, quae recensot Imperator in §. 13. Prima, an aliquis sit liber aut servus, quod judicium causa liberalis dicitur. *tit. D. et C. de liber. caus.* Altera species est, qua quaeritur an aliquis sit libertus an ingenuus. *l. ult. D. Si ingen. esse dic.* Tertia species a Caesare vocatur, de partu agnoscendo, cui locus est, cum maritus, soluto, aut etiam constante matrimonio, partum ab uxore editum suum esse negat. *l.* 3. §. 1. *de agnos. et al. liber.* Plures in Jure species non dantur; nam quaestio an uxor sit, est incidens in actione de partu agnoscendo; Non est meus filius, quia mater non fuit uxor mea; Lex 30. *de reb. auct. jud. possid.* vitiosa est, legendum; *per judicem*, non *praejudicio*. Cujac. *ad h.* §. 13. Duas ex hisce causis esse Praetorias, unam vero civilem, per quam quaeritur an aliquis liber sit, affirmat Imperator, eo quod de libertate judicium in XII. tabulas erat redactum. *l.* 2. §. 24. *de O. J.* de ingenuitate filiorumque statu, Praetor deinceps quaestiones introduxit. Sed notabilis superest difficultas de nominis ratione, cur hae actiones praejudicia sint appellatae. Praejudicium varie dicitur; primo et proprie valet idem, quod prius judicium, quo pertinet regula; quoties duae concurrunt actiones vel judicia, de majore aut de eo, sine quo alterum peragi nequit, prius experiendum esse, *l.* 4. *de in integr. restit. l.* 7. §. 1. *de injur. l.* 54. *de Judic.* hinc actio de proprietate prius absolvenda quam de servitute. *l.* 16. *de Except. praescript. et praejudiciis.* In qua Rubrica praejudicia significant exceptiones, quibus actio praecluditur, eo quod praepostere et praemature movetur. Hinc fluit altera significatio, cum praejudicia notant interlocutiones, hoc est, pronunciationes judicis, quae sententiam praecedunt definitivam *l.* 2. *l.* 26. *et l.* 40. *C. Theod. de appell.* in jure Justiniani sic non usurpatur. Tertio, praejudicium significat rem, quae cum statuta fuerit, judicaturis adfert exemplum quod sequantur, ut loquitur Ascon. *in divinat.* Sic nota Censoris propter stuprum, est praejudicium in accusatione ex Lege Julia, et remedia quibus infringitur hereditatis petitio, dicuntur in ejus praejudicium institui. *l.* 5. §. 2. *de hered. petit. l. ult. in pr. C. eod. tit.* Unde quarto, praejudicium frequenter pro omni eo quod nobis detrimentum inferre potest accipitur. Ex prima significatione oritur tertia, qua praejudicium per excellentiam vocatur judicium status. Per illud enim insigniter aliis causis inde oriundis atque pendentibus praejudicatur. *Ex. gr.* petit aliquis hereditatem defuncti tanquam Patris sui; Opponitur; Tu non es filius defuncti; hinc oritur quaestio praejudicialis, sitne filius vel non, cujus terminatio praejudicat alteri de hereditate quaestioni; nam si constet eum esse filium aut non esse, sequitur ultro, quod sit heres aut non sit heres. Neque tamen semper incidunt ita praejudiciales quaestiones, saepe etiam dantur, licet alia, cui praejudicatur, necdum mota vel inchoata fuerit, uti cum servus in libertatem proclamat: sunt tamen in conspectu res aliae, quas hoc judicio status actor adipisci conatur, veluti servus cuncta libertatis jura sibi proponit; libertinus a donis, operis, muneribus liberari cupit, qui filius esse negatur, omnia jura liberorum vult adipisci; similiter domino, patrono, Patri sua sunt jura, quae ipsemet affectat, singulique per victoriam ita juribus illis potiuntur, ut adversus omnes, etiam quibuscum non litigaverunt, illa exercere queant. *l. antepen. D. de statu homin.* Explicat haec copiose Donellus ad *h. tit. et* §. *num.* 7. *et seqq.*

16. (u) Postquam ita Imperator actiones in rem et in personam proposuit, haud inconcinne in §. 14. traditur proprietas Actionis in personam, quae est, ut Actor sibi dari oportere contendat; dare autem est dominium transferre, *l.* 75. §. *ult. de V. O.* contra in actionibus, in rem nemo sic agere potest, cum ibi Actor dicat se esse dominum; hinc regula est, quod Dominus rem suam non condicat, id est personaliter petat, excepto rei furtivae exemplo; nam fur etiam condictione, hoc est personali actione tenetur, odio furum, ut pluribus actionibus tenerentur *l. ult. in fin. Usufruct. quemadm. cav.* Dare, inquam, est dominium transferre,

(u) *Pos.* 7. 8. *et* 9.

nisi ex eo, cui additur dandi verbum, significatio mutetur, ut cum pignus datum dicimus, *l.* 1. *C. d. non num. pecun.* res quoque depositae et commodatae omni die dicuntur *dari*, neque tamen dominium earum transferri, notissimum est. Quid vero, ad discrimen, quod tribuit hic Caesar actionibus in rem, ad omnes pertinet? Verba ejus sunt, *non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere. Si paret eum dare oportere.* Videtur hoc ad solam rei vindicationem pertinere, quod est equidem ita, quatenus reliquis in rem actionibus termini habiles hujus differentiae minus conveniant; esse tamen et in reliquis verum, non agi in illis ad dandum, hoc est, ad dominium transferendum, veluti ex inductione singularum specierum, quas pridem recensuimus, facile apparebit; de iis quae vere sunt in rem loquimur, non de his quae in rem scriptae sint dumtaxat. Nam sane in Rescissoriis vi ipsa agitur ad dominium transferendum, siquidem res vere sunt usucaptae quae ibi petuntur, neque proinde ad actorem, nisi dominio translato, redire possunt, ut scire licet ex iis quae ad §. 5. *h. t.* dicta fuere, tamen non fuit in iis usitata haec formula, *Si paret eos dare oportere*, quam Caesar hoc loco actionibus in personam adscribit, adeoque de omnibus, quas in numero actionum in Rem habuit, negat; verum in Rescissoria, quemadmodum et in Pauliana, primo petit Actor ut dominii translatio rescindatur, simulque facta rescissione rem sibi restitui, quale compendium et applicatio actionis in Rem, ubi dominium vere translatum est, memoratur et in actione quod metus causa. *l.* 9. §. 4. *Quod met. caus.*

Sed quid tandem; an actorem ita fari mos erat in actionibus in personam, *si paret eum dare oportere?* Ea quidem agenti verba convenire nequeunt; sed haec verba fuere formulae, quam Praetor Judici pedaneo, postquam actio apud ipsum edita erat, praescribebat. Si ad rem vindicandam esset, formula erat hujusmodi: *si paret fundum Tusculanum Marci Tullii esse.* De qua Cicer. *in orat. pro Muren.* In personam, *Si paret Titium dare facere oportere.* ut passim Cicero *in Verrin. pro Rosc.* et alibi commemorat. Cur igitur Caesar actori haec verba tribuit? Designat illis genus actionis, perinde ac si diceret, non posse actorem suam rem petere ab aliquo per condictionem; mos enim hic fuit veterum, nomina actionum petere de primis verbis Edictorum, aut interdictorum formularumve, quae publice de singulis actionum generibus extabant. Sic actio Quod metus causa, dicitur ita, quoniam prima Edicti verba sic erant concepta: Quod metus causa gestum erit. *l.* 1. *Quod met. c.* Hinc actio Si certum petatur. Interdictum Quorum bonorum. Quod Legatorum.

Unde Vi. Uti possidetis. Et similia nomina; quae ineptiae excusari non possunt, nisi ex hac consuetudine rationem petas. Proinde actio in personam, quae generaliter condictio vocatur, primis verbis formulae, qua praetor officium judicis in ea causa complectebatur, intelligenda est; quo sensu liquet, nihil a Justiniano insoliti his verbis esse commissum; Modo tam valide exceptionem Caesaris ab ista regula defendere possimus, qua dixit, fures odio sui meruisse, uti contra juris rationem naturamque negotii teneantur, *si pareat eos dare oportere.* licet idem, qui sic adversus eos agere potest, rem eamdem vindicare possit. *in fin. d.* §. 14. Etenim, cum rem furto nobis ablatam non abire e nostro dominio, furesque nihil quam naturalem injustamque possessionem adquirere, certum sit; rursus, cum agere ad dandum, sit petere translationem dominii, contradictio videtur implicita affirmationi; quod rem furtivam *dari* nobis petere possimus: Nec juvat ratio Caesaris, id esse factum odio furum, quod pluribus actionibus teneantur: Res enim, quae τὸ ἀδύνατον implicat, odio furum non potest recipere facultatem. Imo, si rem, sepositis verborum involucris, inspicimus, non est ita, quod in condictione furtiva agamus ad dandum, de ipsa re furtiva, quae mansit in dominio nostro; Nam hanc actionem ita constat esse comparatum, ut non modo res ipsa, sed et pretium rei deperditae vel deterioris factae petatur; Jam qui pretium rei suae petit, is revera agit ad dandum, in rem hactenus agere non potest. *l.* 23. *de reb. cred.* Quatenus igitur condictio furtiva rem ipsam spectat, ita non est ad dandum, sed ad restituendum; quatenus ad pretium agitur, sic est ad dandum quidem, sed non de re nostra, neque de tali, quae vindicari possit. Ideoque nulla in rebus ipsis hic est contrarietas aut impossibilitas. Qua in re igitur consistit exceptio, si quidem sub hac forma exemplum memoratur? Quia quod officium est alioquin rei vindicationis, hoc etiam condictio praestat, uti res ipsa, quae adhuc vere nostra est, a furibus repetatur, cui tum accedunt utilitates aliae quibus pollet condictio prae vindicatione, propter quas, et quidem odio furum, dominis suppeditata est. Primo, quia venit in hanc actionem aestimatio omnis detrimenti quod res passa est et quod occasione ejus passi sumus, *l.* 3. *et l.* 13. *de condict. furt.* dein quia datur in heredem, cum rei vindicatio adversus possessorem detur. *l.* 9. *de condict. furtiv.* quemadmodum id latius ad *tit. D. de condict. furtiv.* expenitur. Caeterum, aliquoties jam intellectum est, actiones personales vocari in jure condictiones, a condicendo, hoc est denunciando, quod olim in personalibus fiebat §. 15. *h. t.* tametsi strictius hoc nomen de certis tantum in

personam Actionibus sumatur, quae nempe alio nomine carent, ut est condictio certi, condictio indebiti, condictio sine causa, condictio ex Lege etc. de quibus *in fine Lib.* 12. *et* 13. ***Pand.*** Sic quoque in rem actiones generaliter vindicationes dicuntur; etiam incorporalium rerum, ut in *Rubr. D. Si servit. vindic.* Nam vindicare est rem suam esse dicere, Gell. *l.* 20. *c.* 9. stricte autem Actio de re singulari jure dominii petenda, dicitur Vindicatio. §. 15. *h. t.* Accidit hisce terminis videlicet, quod plerisque aliis; ut primaeva significatio subigatur ad usum peculiarem: at hic tamen utraque, generalis et propria significatio, in viridi observantia mansere. Notare etiam hoc licet, quamquam res et causa, propter quam nomina rebus induntur, saepe mutentur, nomina tamen eadem plerumque retineri. Sic veteres illae denunciationes paulo ante Justiniani tempore sunt abolitae, *l. Si quis delicti.* 6. *C. Theod. de denunciat. vel edit. rescrip.* dicuntur tamen hodieque condictiones. Atqui mos denunciandi etiam in vindicationibus erat usitatus, ut ex Asconio in 3. *Verrin.* et aliunde constat, vid. Cujac. *lib.* 16. *observ. cap.* 4. Cur igitur hoc nomen solis personalibus haesit? Quoniam actionibus in Rem, praeter denunciationem, peculiaris erat manus consertio et vindicatio atque prehensio, rei, de qua Gell. *d. cap.* 9. hinc nomen ei datum ab ritu proprio; sed personales ab eo quod commune fuit, nomen adeptae videntur, nihilo secus atque videmus, eos contractus, qui praeter consensum requirunt aut rei traditionem aut literas aut verborum conceptionem, inde nominari: qui vero nihil quam consensum, qui communis est, habent, hi simpliciter consensuales appellantur.

SECUNDA ACTIONUM DIVISIO SUMMA.

17. (o) Post divisionem actionum, quae dictae sunt in rem esse et in Personam, sequitur alia nobilis partitio, quaeque pertinet inprimis ad vim effectumque cujuslibet actionis exprimendum. Est autem haec divisio, quod sint Rei persecutoriae, vel poenales, vel mixtae. §. 16. *h. tit.* Rei persecutoriae sunt, quibus persequimur id quod patrimonio nostro abest, sive nostrum adhuc sit, seu debeatur nobis, seu res ipsa sit, sive circa rem et aestimationem ejus, aut id quod interest nostra. *l.* 35. *d. O. et A.* Stricte alioqui, id quod interest, nihil aliud est, quam ratio damni illati et lucri cessantis, *d. l.* 35. deque eo sunt hae regulae: I. In casibus certis, ubi de speciebus vel quantitatibus definitis agitur, non potest excedere duplum. *l. un. C. de sent. quae pro eo, quod inter.* II. Lucrum oportet circa rem ipsam consistat, in eaque sit radicatum, ut DD. loquuntur, non foris adveniens aut fortuitum, *l.* 21. §. 3. *de action. empt.* detrimenta tamen omnia praestantur, si dolus intervenerit; aliter, quanti minoris. *l.* 13. *pr. d. t. de act. empt. l.* 19. §. 1. *locati.* III. Lucri et damni ratio ex judicio communi, non affectione peculiari initur; nam haec in phantasia hominum consistit, cujus aestimatio nulla est. *l.* 33. *ad L. Aquil.* De quibus regulis alibi forte consideratius.

Sunt autem rei persecutoriae omnes in Rem actiones, omnesque ex contractu, excepta actione depositi miserabilis, quae contra inficiantem et ex dolo in duplum datur. §. 17. *h. t.* §. *ult. sup. de oblig. quae Quasi ex contract.* Sunt qui actiones Rei persecutorias dividunt, quod sint vel utrimque tales, vel ab una parte, scil. actoris rei persecutoriae, a parte Rei poenales; sed haec distinctio non videtur habere juris rationem. Nam qualitas rei persecutoriarum dumtaxat respectu actoris intelligitur; utrum Reus damnum patiatur, an id quod accepit tantum restituat, nihil refert, ut exemplis e medio contractuum numero facile demonstrari potest. In commodato, pignore, deposito, qui dolo vel culpa res fecit deteriores, tenetur, sine discrimine lucrum inde perceperit an secus; nec ideo desinit actio esse rei persecutoria, quod dolum luere debeat is, qui nihil inde percepit. Sic etiam dantur actiones aliquae rei persecutoriae ex delictis, quas a parte reorum poenales esse volunt, nulla meliori ratione, quam si tu de commodati atque depositi actionibus idem affirmes, tametsi non negemus, cum reus id quod interest solvit, ubi nihil ad eum pervenit, ut saepe fit; hanc suo modo poenam vocari posse *arg. l.* 1. §. 4. junct. *l.* 3. *in pr. De eo, per quem fact. er.* Habent rationem adhuc aliam, quia non dantur actiones istae adversus heredem, cum actiones rei persecutorias in heredes dari, necessum esse videatur. Sed nec hanc rationem habere consequentiam, probabimus ad *tit. de perpet. et tempor. act.* Simpliciter igitur Rei persecutoriae sunt actiones, quibus, ut dictum, persequimur id quod nostro patrimonio abest. Id Donellus et ex eo Vinnius ad hunc §. *num.* 5. quadruplex ait esse: I. Quod est in Patrimonio nostro sed ab alio tenetur. II. Quod in patrimonio esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est. III. Quod nobis debetur ex contractu. IV. Quod continet aestimationem ejus, quod nobis abest. Apparet, haec verba, *quod Patrimonio nostro abest*, in *d. l.* 35. *de O. et A.* improprie sumi, ut patrimonium significet, potestatem rei nostrae non impeditam. Etenim

(o) *Pos.* 37. *et seqq.*

quidquid per actionem peti poteat, id recte adhuc in patrimonio esse dicitur, ut ad *tit. de R. D. n.* 2. disseruimus. Donellus patrimonium pro dominio sumpsit, aeque improprie. Sic potius dicemus; A patrimonio sive a bonis nostris abest, quod quidem jure in bonis computatur, sed facto atque situ ab illo separatum est; Talia sunt vel nostra, quae in dominio sunt, vel nobis debita. Debentur autem vel res certae. vel incertae. Certae, veluti corpora, summaeve certae pecuniae. Incertae, ut aestimatio aut id quod interest, de quo dictum modo et ad *tit. de L. Aquil. num.* 4.

18. (p) Actiones poenales sunt, quibus persequimur poenam legibus constitutam, Etenim quae dantur ad poenam conventionalem, qualis est *supra* §. *ult. de V. O.* potius rei persecutoriae sunt, quia poena conventione expressa, loco ejus quod interest succedit; propterea enim adhibetur, ut incertitudo ejus quod interest, ad praestationem summamque certam redigatur. Nam poenale judicium id demum vere dicitur, quod coercendi puniendique alicujus causa infligitur, et quidem constitutione certa; Nam et id quod interest, aliquando similitudinem poenae habere potest, nec tamen est poena; Traditum enim id ita est, quod in casibus certis ad duplum adscendere possit, *d. l. un. C. de sent. quae pro eo quod inter.* imo aliquando in infinitum produci potest, haud tamen sine taxatione judicis, quemadmodum fit in jurejurando quod in litem praestari dicitur, *l.* 4. §. 2. *de in lit. jur.* quamquam vero id ad coercitionem doli institutum est, *l.* 2. §. 1. *eod.* tamen non est poenale judicium ubi in litem juratur, sed rei persecutorium, quia Lex nullam hoc casu poenam infligit, *l.* 5. *in pr. eod. tit.* sed vere et mere poenales, vi legis, sunt actiones *furti*, injuriarum, de calumniatoribus, de positis et suspensis etc §. 18. *h. t. d. l.* 35. *de O. et A.* Denique mixtae actiones sunt, quibus partim persequimur poenam legibus constitutam, partim id quod interest, ut est actio de vi bonorum Raptorum, legis Aquiliae, servi corrupti, Legati piis locis relicti, depositi miserabilis etc. *in h. t.* §. 19.

DE ACTIONIBUS MIXTIS.

19. (q) Est et aliud genus mixtarum Actionum, quae partim in rem partim in personam sint, scil. Judicia divisoria, veluti familiae erciscundae, communi dividundo et finium regundorum, denique hereditatis petitio §. 20. Sed haec mixtura non est ejusmodi, per quam Actio revera fiat in rem, ita ut partim ex jure in re, partim ex obligatione oriatur, sed quia Judiciis illis non modo de rebus ipsis agitur, verum et de praestationibus personalibus, veluti de Impensis, damnis, fructibus, ab uno magis quam ab altera factis, datis, perceptis; adeoque mixtura illa non spectat originem causamque, sed subjectam judicii materiam, *d.* §. 20. *l.* 25. §. 18. *D. de Hereditatis petit. l.* 16. §. 4. *cum seqq. et l.* 6. *D. famil.* ercisc. et hoc sensu capienda *l.* 7. *C. de petit. hered.* junct. *l.* 22. §. 4. *famil. ercisc.* nec aliter explic. *hic* §. 20. Est haec in scholis Juridicis multum agitata quaestio, denturne actiones mixtae. Nos ita respondemus, non esse dubitandum quin dentur; non modo ex rei persecutione atque poena, sed etiam reales simul atque personales; Quippe Justiniano diserte ita loquenti fidem quis habere recuset? Enimvero verbum *videtur*, quod est *d.* §. 20. *cavillari*, nimis subtile est; Nam etsi hoc verbum aliquando fictionem aut improprietatem significat, ut in *l.* 3. §. *ult. quib. ex caus. in poss.* saepissime tamen ita veteres loquuntur, ubi fortissime aliquid affirmant, §. 17. *h. t. l.* 33. *de Jurejur.* quando et judices in ipsa sententia pronunciabant, sibi *videri*, *l.* 27. §. 1. *de liber. caus. l.* 21. §. 1. *de Recept. qui arbit.* unde frequenter illud *jure caesum videri.* Tacit. 14. *annal. c.* 43. *in fin.* Val. Max. *l.* 6. *c.* 2. Operae pretium est, in singulis actionibus, quae mixtae dicuntur, videre et examinare naturam illius mixturae: Et quidem familiae erciscundae actio, quo sensu mixta dicatur, docet Ulpianus in *l.* 22. §. 4. *Famil. ercisc.* ubi, *Familiae erciscundae judicium*, inquit, *ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones.* Eodem modo *de communi dividundo. l.* 4. §. 3. *Sicut autem*, inquit ibi Ulpianus idem, *ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam praestationes veniunt.* Rursus idem de hereditatis petitione in *l.* 25. §. 18. *de her. pet.* ubi: *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales.* Plane eodem sensu utroque loco praestationes personales usurpari, Graeci quoque interpretes docent, in scholiis ad *lib.* 12. Βασιλικῶν, *tit.* 2. *in princ.* Realitas, quae reperitur in illis, non spectat rei vindicationem, ut ad participationem naturae actionis in rem deberet, §. 15. *Inst. de act.* sed divisionem rerum, *l.* 1. *l.* 2. *Famil. ercisc.* quae est ex quasi contractu. Ideoque palam est, mixtas dici actiones illas in rem et in personam, non ratione causae efficientis et originis, quasi ex jure in re et ad rem essent, sed respectu objecti sive subjectae materiae ut jam dicere occupavimus; quia dantur et de rebus ipsis et de praestationibus circa res, quae non veniunt immediate ex rebus, sed ex facto aliquo personali. Perinde hereditatis petitio mixta personalis est, quoniam heres non tantum petit

(p) *Pos.* 44. 45. (q) *Pos.* 46. *et* 47.

ipsas res hereditarias a defuncto relictas, sed etiam omne augmentum quod ad hereditatem per facta hominum, id est possessorum accessit; quae praestationes eleganter personales dicuntur. Sed non efficiunt obligationem, multo minus inde oriuntur. Augmenta illa hereditatis per ejusmodi facta personalia fiunt pars hereditatis; atque ita juri hereditario subjiciuntur, nec proinde impediunt, quominus judicium petitionis eorum respectu ex jure in re nasci dicatur, nec, inquam, simplicitati et uniformitati hujus actionis officiunt. Fidem faciunt exempla praestationum, quae ab Ulpiano in *d. l.* 25. §. 18. in hereditatis petitionem venire memorantur, pretia rerum venditarum et pecuniae a debitoribus hereditariis exactae. Nam hae res per se veniunt in hereditatis petitionem, *l.* 16. §. 1. *de hered. pet.* minime tanquam ex obligatione, sed quoniam hereditatis haec est natura, ut omnia quae ex ea quovis modo provenerunt, complectatur; pretiaque loco rerum et pecuniae ex rebus redactae loco ipsorum corporum succedant. *l.* 70. §. *ult.* cum *ll. seqq. de Leg.* 2. Imo et ipsa debita hereditaria, quanquam ex obligatione proficiscantur, quatenus tamen hereditatis petitioni subjecta sunt, ex jure in re petuntur. *l.* 13. §. *ult. de hered. petit.* Debitor enim tunc non consideratur ut ex contractu vel delicto obstrictus defuncto et consequenter heredi, sed tanquam juris possessor, ut ibidem eleganter Ulpianus, et quatenus se heredem esse contendit, *l.* 42. *eod.* quod jus facit partem hereditatis et sub jure hereditario comprehenditur. Hereditas, inquam, est universitas, omnia complectens, quae in bonis et ex bonis defuncti fuere, jus tamen unum usquequaque, pariens actionem adversus quemlibet possessorem, semper retinens naturae suae universalitatem, licet possessor unam modo rem teneat. *l.* 1. §. 1. *ff. Si pars. hered. pet.* Nec, quod repeto, desinit hoc esse, quando vel ad pretia ex rebus hereditariis redacta, vel ad res a defuncto bona fide possessas, eique commodatas, locatas, pignoratas datur: siquidem et ipsa debita ex obligatione, juris hereditarii pars sunt. Cum petuntur res commodatae etc. non intuemur naturam commodati, pignoris locationis; cum res debita petitur, non spectamus vinculum personale quo debitor est obstrictus, sed hi omnes ut possessores hereditatis considerantur. Ideoque utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit is qui convenitur, nihil refert, quia non respicitur ad originem obligationis, sed ad possessionem juris; quae omnia clare et solide tradit Ulpianus in *d. l.* 13. §. *ult. et l.* 14. *de hered. pet.* Sic enim: Item *a debitore hereditario, quasi a juris possessore, posse hereditatem peti constat; sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert.* Non consideratur causa singularum praestationum; haec singularibus judiciis urgetur. Non petuntur debita hereditaria ex obligatione in hoc judicio; sic alia prorsus actione opus est; obligatio nunquam parit actionem adversus reum quatenus est possessor, ut notissimi juris; hic debitor ut possessor tenetur; Ergo ex obligatione non convenitur. Actor in hoc judicio non ait, se petere debitum vi contractus aut delicti, verum simpliciter hereditatem petit; et quia debitor, id quod debet, tanquam heres aut pro possessore se retinere affirmat, ideo per universale judicium convenitur. Enimvero si tantum se debere neget, aut nihil aliud proferat, quam actorem non esse heredem, nec ipse titulo universali se jactet, tum haec actio minime datur. *l.* 42. *d. tit. de hered. petit.* Ulpianus igitur cum in *d. l.* 25. §. 18. scribit, *petitio hereditatis etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales*, ita exaudiendus est; *Hereditatis petitio est in rem actio*, haec thesis est pura et absoluta; per sequentia removet objectionem; *nec obstat*, ait *quod personalia quaedam praestationum contineat*, ista enim personalia non sunt ejusmodi, ut obligationem arguant, sed rebus immediate hereditariis opponuntur, et faciunt quidem mixturam ex realitate et personalitate, sed quae prorsus a commixtione *juris in re* et obligationis aliena sit. Eodem modo resolvendam et expliandam putavi semper *l.* 1. *ff. Fin. Regund. Finium regundorum actio in personam est, licet pro rei vindicatione est*, ex qua non minus efficaciter et quidem speciosius, quam ex priore loco, mixturam juris in re et obligationis alii probatum eunt. Paulum ita velle existimo: Principio ut ponat thesin, qua finium regundorum actionem simpliciter *in personam* esse affirmat; tum occupet objectionem; atqui etiam *pro rei vindicatione* est, ac ita in rem; sed non obstat hoc, ait, *Licet* enim valeat ut rei vindicatio, id est, effectum vindicationis habeat similem, imo prorsus, eumdem, tamen forma actionis hic non est, *ajo fundum esse meum*, ut in actione in rem, sed, *peto fines regi*, quibus tamen ita, ut ego intendo, declaratis, sequitur, ut ea pars agri quam vicinus mihi finibus motis subduxerat, mihi restituatur; nihilo secus quam si fundum vindicassem. Unde patet, actionem in personam esse pro vindicatione, et effectum praestare actionis in rem, non tamen esse actionem in rem, ne ex parte quidem, sed forma et genere diversam. Una superest ratio, qua mixtam illi hereditatis petitionem esse contendunt, quod bonae fidei judiciis accenseatur. *l. ult. in fin. C. de pet. hered. quae qualitas propria sit actionum in personam.* Responsio in promptu

est; ideo quod pleraeque bonae fidoi aotiones sint in personam, JCti petitianem hereditatis inter eas collocare dubitarunt, *d. l. f. et* §. 28. *Inst. de action.* idqne propter personales praestationes. Si enim stricti juris habita fuisset actio, non potuisset in ea fieri extensio ad res non hereditarias, quae defuncti nunquam fuerant. Ideoque ad varietatem praestationum illarum huic judicio inferendam, laxitas actionum bonae fidei debuit huc applicari, sed cum hao praestationes nihil cum obligatione habeant commune, ut probatum dedimus, nec inde personalitatem hujus actionis quasi ex principio obligationis posse colligi, manifestum est. Verum sunt adhuc, qui mixturam exinde probant, quod in judiciis mixtis fiant adjudicationes; unde in actionibus divisoriis *statim res ejus fieri dicuntur.* cui sunt adjudicatae. *in* §. *ult. Inst. de off. jud.* Nam si in actione communi dividundo, caeterisque ad hoc agatur, ut res actoris fiat, rationem putant esse luculentam probandi, quod actio communi dividundo ex jure in Re nascatur; sed est *πρῶτον ψεῦδος*, hanc esse rationem mixturae; res actoris fieri dicuntur in *d.* §. *ult.* ex adjudicationibus, quae in illis fiunt ex officio judicis, non pro jure et intentione actoris. Si actio communi dividundo, vel familiae ercisc. ex jure in Re nascatur, debuit hoc jus in Re competere alicui partium: Atqui adjudicatio, quae rem facit alterutrius, est ex mero judicis officio, ut in versiculis praecedentibus *ejusdem tituli* docuit Justinianus. Quod si maxime id esset ex jure partium, quod res ipsis adquiritur, quis inde probet hoc esse jus in Re, cujus vi res nostra fit per sententiam? Aliter inculcat Justinianus in §. 14. *Inst. de Action.* ubi id proprium esse tradit actionibus in personam, quod res actori detur, *ita ut ejus fiat*, adeoque juri ad Rem potius id conveniret. Non puto quemquam usurum argumento *l.* 37. §. 1. *de O. et A.* quanquam revera sunt qui eam citant, ubi judicia divisoria vocantur mixta, quoniam uterque in illis actor est: Etenim, cui non liquet, mixtum illic suo modo dici, quod alias duplex appellatur, *l.* 13. *et seqq. de judic.*? Nihilo melior captio est ex *l.* 3. §. *ult. de R. V.* quam similiter proferri videmus.

TERTIA ACTIONUM DIVISIO.

20. (r) Ex omnibus Actionum divisionibus nulla facilior, quam quae jam sequitur, esse videtur; Omnes actiones vel in simplum conceptae sunt, vel in duplum. §. 21. *h. t.* In simplum sunt omnes rei persecutoriae, sive ex contractu, sive ex delicto sint, quales paucae dantur, ut dictum et dicetur amplius *ad tit. de perpet. et tempor. Action.* Exempla nihil opus est memorari, cum in numerato sint omnibus: habentur tamen aliqua in §. 22. ex stipulatione, ex mutui datione, (potest igitur condictio certi, quae est actio mutui, specialis ex mutuo appellari, quanquam a natura condictionis in genere sumptae nihil differat) ex empto vendito, locato conducto, mandato, aliisque quam plurimis causis. Quae in duplum proditae sunt actiones, ex delicto oriuntur, ut est furti nec manifesti, atque servi corrupti: qua actione tenetur, qui servum alienum malis moribus corrupit, *l.* 1. *et seq. de serv. corr.* quae est etiam utilis actio de filiofam. corrupto. *l.* 14. §. 1. *eod.* Sunt etiam in duplum tres illae actiones, quae inficiando litem augent in duplum, de quibus actum est in §. *ult. supra de oblig. quae Quasi ex contract.* videlicet actio Legis Aquiliae, depositi miserabilis, atque Legati piis locis relicti; sic est in §. 23. *h. t.* In triplum una duntaxat actio traditur *in* §. 24. quae datur adversus eum, qui majorem vero debito quantitatem libello complexus est, ea gratia, ut viatores, sive executores litum, majores sportulas exigant. Sportulae sunt, *τὰ ἐν σπυρίδι διδόμενα ξένια* ait *Glossar. Graec. apud. Brisson. de V. S. munuscula, quae in sporta dantur*; sunt autem sportae calathi de vimine texti. *l.* 3. §. *ult. D. pen. leg.* Quia autem clientibus aliisque salutatoribus, qui mane in atriis magnatum officii causa apparebant, ejusmodi munuscula distribuebantur, haec quoque sportulae dicebantur; ut et coenae ac convivia, quae hac causa dabantur; erogationes etiam quae decurionibus fiebant, hoc nomen habebant. *l.* 5. §. *pen. de donat. int. Vir. et Ux. l.* 6. §. 1. *de decurion.* Denique pecuniae, quae judicibus et executoribus litium dabantur, hoc nomine veniunt, *Rubric. C. de sportul. et sumpt. in div. jud. l.* 33. §. 5. *C. de Episc. et Cler.* hoc quidem loco salaria, maxime ipsorum executorum atque viatorum, intelliguntur; quatenus ipsorum fraus et lucrifaciendi animus notatur, atque coercetur poena tripli, cui tamen et simplum inest, ut monet Imperator in *d.* §. 24. unde jam ultro liquet, sportularum quantitatem proportione sortis petitae variari, quod hodieque ita fere in judiciis observatur. *

(r) *Pos.* 48. *et seqq.*

* Jure nostro ac fere universae Germaniae, sportularum Judicialium certa taxa lege constituitur, quam quoties Actores in liquidando excedunt, per sententiam expensarum judicialium fieri solet moderatio. jung. *Leipz Ober Hof-Gerichts-Ordn.* rubr. *von Sportulen.* it. *die verneuerte* Taxa *und* Moderation. *der Gerichts-Schoppen-Amts-und anderer Gebuhren in peinlichen, burgerlichen und Hulffs-Sachen*, de Ann. 1642. *in Corp. jur. Sax. p.* 785. *seq.* adeoque conditionum, quae eo nomine olim instituebantur, *vid.* §. 24, 25. *Inst. h. t.* exiguus hodie aut nullus est usus.

Postremo actiones in quadruplum recensentur in §. 25. furti manifesti, quod metus causa, quae datur adversus eum, qui metum vel fecit vel rem metu extortam, aut lucrum exinde possidet, intra annum in quadruplum, post annum in simplum, *l.* 14. §. 1. *Quod met. caus.* sed est mixti generis, quia simplum inest quadruplo. *d. l.* 14. §. 9. *et seqq.* Dein Actio de Calumniatoribus est etiam in quadruplum, quando quis pecuniam accepit ut alicui calumniae causa negotium faceret vel non faceret, ut loquitur Caesar, *d.* §. 25. proinde calumniator est, qui pecuniam, ut alium improba lite vexaret, accepit. *l.* 1. *et l.* 3. *de Calumniat.* Videtur autem et haec actio *esse* mixta, uti simplum quadruplo contineatur, prout colligitur *ex l.* 5. §. 1. *eod. tit.* Ultimo loco memoratur in quadruplum actio Condictitia, hoc est condictio ex lege, quae datur adversus executores litium, qui majores sportulas, aut aliud quidquam praeter et supra legem, a reis, hoc est a litigantium utroque (vid. *supr. de duobus reis stipul. in pr.*) exegerunt. *d.* §. 25. *in fin.*

Haec est ratio atque distinctio actionum in duplum et in triplum. Neque tamen omnes ejusmodi sunt ab initio suaque natura, quaedam prius in simplum dantur et ex post facto fiunt in duplum vel in quadruplum. Duplariae, quae prius inficiantibus duplum infliguot, Depositi miserabilis, Aquiliae Legis, et Legati locis sacris relicti actiones. Nam si quis hisce primum conventus satisfecerit actori, simplo defungi potest; deinde cum negaverit ex iis causis se esse debitorem, crescit in duplum condemnatio §. 26. *h.* Reliquae dupli actiones, quas recensuimus, originaliter absoluteque in duplum competunt. In quadruplum actiones sunt etiam tales simpliciter, excepta quod metus causa actione; quae similiter in principio ad restituendum simpliciter comparata est, ita ut, si is, qui rem metu extortam tenet, conventus eam restituat, nihil ultra solvat; Si vero jussus arbitrio judicis restitutionem contumaciter neget, tum demum quadruplo, raptoris exemplo, mulctatur. *l.* 14. §. 1. *Quod. met. caus.*

21. (s) Succedit QUARTA DIVISIO, qua actiones dicuntur esse vel bonae fidei, vel stricti juris, vel arbitrariae: Est haec actionibus propria divisio, tametsi contractus etiam bonae fidei vel stricti juris appellentur. *l.* 32. §. 2. *de usur. l.* 22. *de donat. l.* 27. §. 2. *de Pact. et alibi.* Nominis sane communionem ab actionibus habent contractus; sed causam originemque hujus qualitatis habent actiones a contractibus, ut ex infra dicendis patebit. Describuntur bonae fidei actiones, quod eae sint, in quibus judex libere aestimat, quantum alter alteri ex aequo et bono, etiam ultra expressam conventionem, dare praestare debeat, fere ut Donellus ad *d.* §. 28. Stricti juris contra sunt, in quibus judex adstringitur conventioni partium formulaeque Praetoris, quarum terminos egredi non potest. Donell. et Giphan. *ad d*, §. 28. Bonae fidei judicia vocabantur olim arbitria, teste Cicerone, *lib.* 3. *off. et pass. in orat.* stricti juris actiones simpliciter judicia dicebantur, in quibus, ut ait *Cic. pro Rosc.* id quod petitur, ad *libellam* adjudicandum est, sive, ut Turnebus interpretatur, ad *teruncium*. 29. *Advers.* 36. Quando ejusmodi arbitrium seu bonae f. judicium movebatur apud Praetorem, tunc in formula, qua dabat judicem ad illam caussam, haec verba inserebat, Ex BONA FIDE; vel, *ut equius melius*, uti testis est Cicero *d. lib.* 3. *off.* vel ita: *inter bonos bene agier.* Giphan. *ad d.* §. 28. Pertinet huc, quod Seneca scribit, 1. *de benef. c.* 7. *Ideo*, inquit, *melior videtur, conditio causae, si ad judicem, quam ad arbitrium mittatur, quia illum formula includit et certos quos non excedat terminos ponit; hunc libera et nullis adstricta vinculis religio; et detrahere aliquid potest et adjicere, et sententiam suam, non prout lex et justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere*, et *lib.* 1. *de Clement. Clementia*, ait, *liberum arbitrium habet, non sub formula judicat.* Ciceronis etiam verba lucem huic rei praebent, *in orat. pro Rosc. Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex; Si paret sestertium, septingenta dari oporteret;* (sic erat formula Praetoris) *hic, nisi planum facit, sestertia septingenta ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: quantum aequius et melius, id dari.* Ex his locis manifestum fit, verbis, *bonae fidei*, in hac divisione inferri laxum liberumque judicis officium aestimandi, quid partes sibi invicem dare praestare oporteat, etiam ultra expressam conventionem atque formulam praetoris. Enimvero *bona fides* hic etiam significat naturali verborum sensu, talem animi virtutem, quae dolo malo opponitur, ut ex Cicerone et Seneca, *dd. locis*, denique et ex *l.* 5. *de usur.* probatur. Neque tamen inde sequitur, in actionibus stricti juris posse virtutem illam integrae fidei, ut dicitur in *l.* 1. *C. de suffrag.* sincerae fidei, *l.* 2. *C. si propt. publ. pensit.* abesse; nam hoc requisitum sine dubio cunctis tribuitur contractibus, *l.* 59. §. 1. *Mandati.* habetur equidem in strictis actionibus ratio justi atque honesti.

(s) *Pos.* 54. *et seqq.*

§. 24. *Inst. de inutil. stipul.* at non adeo largiter ac in bonae f. judiciis, ubi effectus ejus sunt laxiores, ac ut Dd. loquuntur, effreniores. Joh. Faber *ad d.* §. 28. *n.* 1. Unde liquet, nullam fuisse rationem Amesio nostro, banc partitionem nigro calculo notandi, cujus vim nullo modo intellexit. *lib.* 5. *de conscient.* c. 42. *n.* 22. Nomen bonae fidei adscribitur alteri membro divisionis hujus *οὐ κατὰ διαστολὴν, ἀλλὰ κατ᾽ ἐξοχὴν, per excellentiam, non quod oppositae speciei negetur.* Hoc etiam facile ex superioribus intelligitur, strictum jus in alterius speciei nomenclatura non esse idem, cujus fit mentio *in l.* 8. *C. de judic.* vel in *l.* 1. *C. de LL.* juris stricti vocabulum bene cum Donello accipietur de potestate Legibus seu jure connessa et ab iisdem coarctata. Nam in *d. l.* 8. *et l.* 1. jus strictum bono et aequo ita opponitur, ut hoc de eo praedicari nequeat. Theophilus hoc nomine reprehenditur; quod usitata vocum proprietate deceptus, stricti juris actiones esse putavit, in quibus observatur *τὸ ἀκριβοδίκαιον.* quod est secundum Philosophum 5. *ad Nicomach.* c. 10. *jus exactius duriusque*, *τὸ ἔσχατον τῆς δίκης*, *summum jus*, quod est summa saepe injuria. Ego in Theophilo id ita non reperio; Ait quidem, *ἐν οἷς τῆς ἀκριβείας γίνεται λόγος*, et deinde in bonae fidei judiciis, inquit, *ἐξουσία δίδοται τῷ δικάζοντι ἐκ τοῦ καλλίστου καὶ δικαίου κρίνειν.* Sed haec verba sic commodissime excipiuntur, ut judex in his actionibus judicet ex *optimo justo*, ex bono et aequo per excellentiam; in illis ex praescripto, nec ultra quam expressum, nihilo secus ac modo explicatum est.

22. Jam porro, scire Praetorem oportuit, quibus actionibus illa verba ex *bona fide* vel similia, essent addenda; proinde notam oportet eum habuisse aliquam, ex qua, cujus naturae quaelibet actio foret, admoneretur: vel si dicas, formularum eo tempore libros fuisse de singulis actionibus, manet eadem quaestio, unde cuique actioni modo bonae fidei clausula sit adjecta, modo secus. Cicero causam, cur bonae fidei quaedam sint actiones, hanc reddit, quod iis vitae societas contineatur, *d. l.* 3. *off.* cum qua fere coincidit ea, quam alii, ut Joh. Fab. *ad d.* §. 28. *in fin.* tradunt; eorum contractuum, qui b. f. dicuntur, usum magis esse necessarium, atque propterea actiones eorum esse debere pleniores; at hoc improbat Jason ad *d.* §. 28. *n.* 17. per instantiam a stipulatione et a mutuo in contrarium desumptam. Fabri tamen recte se habet ratio; nec ea per duplicem illam instantiam destruitur, ob peculiarem stipulationis et mutui naturam. Stipulatio est verborum obligatio ad hoc introducta, ut e verbis solummodo, non aliunde, mens partium constet, quare stricti juris conditio ejus aestimatur. Mutuum vero est contractus beneficii et liberalitati exercendae inventus; quae nullam admittit extensionem, nec ad augendam nec ad minuendam liberalitatem, excluso fructuum et usurarum augmento. His rebus factum est, ut frequentia horum contractuum non admiserit extensionem e praesumpta partium voluntate. Caeterum ex sententia Jasonis, *d. l.* *τοῦτο μὲν κεῖται ἐν ἀποκρύφοις*, est confugiendum ad *L. non omnium. ff. de LL.* quo etiam propendet Wesenbec. ad *d.* §. 28. nec alienus est inde A. Matth. *Coll.* 2. *Inst. disp. XI. th.* 14. Ego malim priori de frequentia jungere aliam rationem; ut Bonae f. actiones inde noscantur, quod oriuntur e contractibus reciprocas praestationes habentibus.

Scholium.

Adde hanc: quae vel praesupponunt praestationes mutuas proportione ad se invicem gaudentes, vel oriuntur ex praestito aliquo beneficio, non tendente tamen ad translationem dominii.

Responsio.

Non videtur haec additio admodum esse necessaria, ut infra videbimus.

N. Addit.

Sit ita, et per me adeo expungatur jam et scholium praesens, et scholium sequens, quod Autor apposuit hic ad n. 28.

Ita primus docuit Hotomannus ad *d.* §. *ult.* quo nomine laudatur a Donello. *ibid. n.* 43. Neque fallit haec ratio, praeterquam in hereditatis petitione; quae olim inter bonae fidei judicia non fuit habita, nec aliter inter ea relata est, quam ratione praestationum personalium, quae judicio illi accidere solent. Superest, ut numerum b. f. actionum, quibus nota jam est impressa, ineamus. Editus est earum catalogus ab Justiniano in *d.* §. 28. qui cum singularis sit, nec alibi reperiatur, consentaneum est, hunc numerum pro decisorio haberi, censente ita Cujacio, *l.* 11. *observ. c.* 39. Donell. *ad d.* §. 28. Mynsingero *ibid. n.* 7. Vultejo *ibid. n.* 12. aliisque.

Quae hoc extant actiones, ab Interpretibus varie dividuntur. Nos ita simpliciter; I. Bonae fidei sunt omnes e contractibus consensualibus actiones, ut est empti venditi, locati conducti, pro Socio, Mandati. II. Omnes e contractibus, qui Re perficiuntur, excepto mutuo; Nam Commodati, depositi, pigneratitia, hic habentur. III. Actiones e quasi contractibus, ut est negotiorum gestorum, tutelae, communi dividundo, familiae erciscundae. Sed condictio indebiti

hic non reperitur et est stricti juris, *arg.* §. 1. *I. quib. mod. re contrah oblig.* actio ex testamento mixti generis osse videtur; Strictae naturao est in *l.* 5. *de oo, quod cort. loc.* juacta *l.* 7. *eod.* Ratiooe fructuum et usurarum est bonae fidei, *l.* 87. §. 1. *de Legat.* 2. vid. Bachov. *disput.* 6. *de Action. th.* 6. in numero tamen strictarum colloeanda videtor, quatenos hio oon memoratur *in* §. 28. Sunt etiam qui de actione finium reguodorum dubitsot, Bachov. *d. disp.* 6. *th.* 4. pene a seipso dissootiens *th.* 12. Moventur et plures, de quibus vid. A. Matth. *colleg. Inst.* 5. *disp. VI. th.* 28. Sed rationes quae proferuntur, evertere noo possunt axioma quod hic supponitur, Praeter enumeratas *d.* §. 28. non dari alias b. f. actiones. Quae tameo Reguls non ita mordicus accipienda, ut etiam utiles excludantur, quooiam hae sub nomine dıreotarum continentur, ut sunt actio protutelae, utilis curationis causa actio; nec oon possessoria et fideicommissaria hereditatis petitio, quoniam io illis omnibus eaedem praestationes versaotur, quae in actionibus directis et principalibus ad quas referuntur; etiam per *l.* 14. §. 11. 13. *et* 16. *de Religios.* A. Matth. *d. disp. th.* 17. etsi diss. Joh. Fab. ad *d.* §. 28. *num.* 5. *lit.* 9. Quin et contrarias actiooes sub nomine directarum hio contineri, ratio atque analogia juris dictant, licet invita ratione dissentiat Hotomannus *ad hunc* §. 28. Ratio tameo ejus prima facie non videtor absurda; quippe sic io jure nostro proditum est, in actionibus contrariis non agi de fide rupta *l.* 5. *depositi l.* 6. §. *ult. de his, qui not. inf.* Nam sioe dubio in cunctis b. f. judiciis agitur de praestationibus quae ἐκ τοῦ καλλίστου δικαίου, ex optima fide servata vel rupta oriuotur. Ita quidem de toto judicio, eujus pars est aotio contraria, se res habet; atque iade fit, ut laxitas officii judicis in iis obtineat; e qua laxitate differentia judiciorum b. f. et str. juris peodet; atqui officium judicis non potest aliud esse in actione contraria quam fuit in directa, siquidem contraria nihil est aliud quam reciprocatio ejusdem judicii, quod sioe injuria partis alterius diversas praestationes recipere noo posset. Nihil etiam dubitsodum, quin actiooes, quae adjectitiis taotum qualitatibus ab aliis distinguuntur, ut exercitoria, institoria, quod jussu, de peculio, de in rem verso, tributoria, et si quae sunt similes, actionum earum, quas χαρακτηρίζουσι, naturam imiteotur; proinde exercitoria empti, locati, erit booae fidei; exercitoria de mutuo stricti juris erit, ac ita io aliis. De emphyteuseos actione magis dubitatur; Etenim bonae fidei videtur, quoniam ex proprietatibos emptioois veoditionis atque locationis conductionis composita est, §. 3. *Inst. de locat.* ac ideo beic loci non tam omissa, quam sub illis, et maxime sub locatione comprehensa videtur. Ita Connanus 7. *comment. c.* 21. Communiter tamen Dd. faciunt eam stricti juris, quia propriam per constitutiones principum naturam accepit. *d.* §. 3. *l.* 1. *et* 2. *C. de jur. emphyt.* Ita Wissenb. *par. Si ager. voctig. pet.* Vultej. *ad d.* §. 28. *n.* 44 Priori tamen sententiae magis adstipulamor eum D. Wissenbachio *parte* 1. *ad Pand. disp.* 13. *th.* 32.

Supersunt actiones e contractibus innominatis oriundae, praescriptis verbis quae dicuntur. Ex harum oumero, quae commemorantur in hoc §. 28. de permutatiooe et aestimatoria; quarum haec datur e contractu aestimatorio, qui initur, quando quis rem alicui certo pretio aestimatam hac lege tradit, ut aut rem ipsam aut illud pretium reddat, *l.* 1. *de aestimat.* altera de permutatiooe, satis nota est *ex tit. de contrah. empt. vend.* Praeter hasce duas uoo dari alias bonae fidei, tenet communis Dd. sententia, teste Schneidewino ad *d.* §. 28. *n.* 13. Ne Precarii quidem condemnatio, quae ex bona fide nascitur, summamque habet affinitatem cum commodato, *l.* 1. §. 3. *et l.* 2. §. 2. *de Precar.* ejusdem oaturae osse videtur, *arg. d.* §. 28. *et* per *l.* 8. §. 3. *d. t. de Precar.* ubi argumentum ab effectu *d. l.* 2. *in pr. de precar.* Et reliquae praescriptis verbis actiones, quae sunt actiones civiles ab aliis distinctae, speciali commemoratione duarum istarum, excludi videntur, ut prolixe disputat Bachov. *disp.* 6. *de Action. th.* 3. Non movet, quod illa de precario aliaeque, ex bono et aequo esse dicuntur; nam hoc etiam de condictiooe iodebiti et de condictione sine causa affirmatur, io *l. pen. de condict. indeb.* in quibus tamen usurae ex mora nec equidem lite contestata debentur; ut io b. f. judiciis fieri solet. *l.* 1. C. *de condict. indeb.* Quin et injuriarum actio ex bono et aequo esse dicitur, in *l.* 11. §. 1. *de injur.* idemque de actione sepulchri violati, *l.* 3. *in pr. et l. pen. de Sepulchr. viol.* et de actiooe in factum adversus judicem, qui male judicavit, affirmatur in *l. ult. de extraord. cognit.* quas tamen omnes nemo bonae fidei esse contendit. Donell. *ad d.* §. 28. *n.* 39. *et* 40. Diversae tameo sententiae, quod ad reliquas praescriptis verbis actiones attinet, non desunt auctores neque rationes. Inter auctores sunt Hotom. ad *d.* §. 28. et *disp.* 5. *de Praescr. verb. n.* 34. Major. *colleg. Argent. de praescr. verb. th.* 14. *n.* 6. A. Matth. *Coll. Inst.* 3. *th.* 346. D. Wissenbach. *Disp. ad Inst. th.* 55. aliique, putantes, eas praescriptis verbis actiones, quae dentur e negotiis bonae fidei contractibus vicinis, etiam fidei bonae esse habendas.

Scholium.

Autor non respondet ad dubium, quod ipsi moveri poterat, propter notam actionem b. f. supra *positam. Si enim actiones* reciprocae *sunt bonae fidei, sane nec actio aestimatoria, nec ex permutatione, ad eas referri debebant; nisi dicere velis, actiones praescriptis verbis omnes ad stricti juris referri debuisse, istas duas autem propter analogiam, quam permutatio et contractus aestimatorius habent cum emptione et locatione, fuisse exceptas. Deinde, si quod ibidem dicitur, contractus, qui* mutuas habent praestationes, *pariunt actiones b. f. etiam reliqui contractus innominati producere deberent b. f. actiones. Hinc addidi superius, quod illae praestationes mutuae proportionem ad se habere debeant, ut emptio, locatio etc. vel debeant oriri ex beneficio praestito, ut fit in commodato, mandato, deposito etc. De permutatione et contractu aestimatorio idem dicendum est. At facio ut des, do ut facias, facio ut facias, nullam proportionem requirunt, nec etiam ad beneficium, quod non nisi gratuitum est, referri poterunt.*

Responsio.

Nota actionum bonae fidei inprimis est, quod sint e contractibus mutuas praestationes habentibus, quales utique sunt etiam permutatio et aestimatorius contractus, cui accedit adfinitas cum venditione et locatione, de qua Scholiastes; nec deest omnis agendi reciproca facultas in casu evictionis aut malae fidei. Sed instat Thomasius: Reliquae praescriptis verbis actiones sunt etiam e contractibus mutuas habentibus praestationes ut, facio ut des, facio ut facias, do ut facias: ergo et istae erunt bonae fidei: Respondetur, hanc rationem non esse solam, sed addidimus hanc, quod actiones bonae fidei sunt usus necessarii et quotidiani: quae ratio non habet locum in contractibus innominatis. Sic additione D. Thomasii carere licet; qua tamen si quis uti velit, non intercedo.

Postremo loco in nostro §. 28. commemoratur hereditatis petitio, quae ex omnibus in rem actionibus sola est bonae fidei, cum reliquae sint arbitrariae, ut deinde videbimus. Ratio, quae hanc unam reliquis exemit a praestationibus, quibus abundat *l.* 25. §. *antepen. de hered. petit.* arcessenda est; si quidem harum varietas necessitatem relaxandi judicis officii imponebat. Haec sola ratio impulit Justinianum, ut cum hactenus dubitaretur, essetne connumeranda hereditatis petitio inter judicia bonae fidei, in eam sententiam constitueret, per *l. ult. C. de pet. hered.* qua de re dix. *supra.* Donellus addit *ad d.* §. 28. *n. fin.* possessorem hereditatis quasi negotiorum gestorem esse, ratione praestationum illarum, quod tamen paulo est obscurius. De finium regundorum actione dicemus ad §. 31.

23. Olim quoque bonae fidei fuit actio Rei uxoriae, qua uxor soluto matrimonio dotem repetebat, *l.* 21. *in fin. Solut. matrim.* cujus etiam formulae Cicero 3. *offic.* diserte refert haec verba fuisse inserta; *Quod aequius melius, judicato.* Sed actio Rei uxoriae a Justiniano transfusa est in actionem ex stipulatu de dote, §. 29 *h. t.* quoniam haec jam olim competens, ubi mulier dotem sibi reddi stipulata erat, commoda quaedam tribuebat mulieribus, quae non inerant Rei uxoriae actioni, ut Imperator ipse narrat *in l. un. C. de rei ux. act. statum. a princ.* sic tamen, ut eas qualitates, quibus olim fiebat, ut bonae fidei haberetur, cum hac nova actione communicatas vellet: unde factum, ut hoc eveniret παράδοξον, actio ex stipulatu, quae est alias exemplum stricti juris actionum, ut fieret bonae fidei; sed plura sunt in hac actione παράδοξα, quae Justinianus breviter in *d.* §. 29. *h.* commemorat, praeter unum, quod ex *d. l. un. pr.* supplendum; dari scilicet hanc e stipulatu actionem mulieri, etsi nulla stipulatio intervenerit, ut mulieri quamlibet minus seriter suis commodis intentae plenissime consuleretur. Tertium singulare, quod *in d. l. un.* et hoc §. 29. refertur, est hypotheca tacita, quam mulier habet in bonis mariti ad dotem conservandam; Nec tantum hypotheca, sed et privilegio inter hypothecarios insigni gaudet mulier, quod praeferatur omnibus, etiam antiquioribus et alias privilegiatis creditoribus. *d.* §. 29. *in fin. d. l. un.* §. 1. *et l. ult. C. Qui potior. in pig.* Rationem reddit Justinianus lepidam hujus privilegii, in *N.* 97. *c.* 3. quoniam, inquit, fornicantibus obvenit quaestus et vivunt exinde, absurdum erat caste viventibus e matrimonio detrimentum inferri. Solius autem mulieris providentia hoc introductum esse, testatur Justinianus in *d.* §. 29. quae tamen verba solos heredes extraneos excludunt, ut ex *d. l. un.* §. 6. intelligitur et *d. l. ult. vers. exceptis. l. un. C. de privil. dot.* Verba Justiniani in *d. l.* 12. *et in N.* 97. *c.* 3. *et* 4. sunt efficacissima, ut neminem mulieri, praeter eum, qui credidit in militiam emendam, praeferat; adeoque non modo simplices hypothecarios, sed etiam contra privilegiatos id valet, dissentiente licet Bachovio *lib.* 4. *de pignor.* c. 14. neque tantum adversus eos, qui tacitas, sed

etiam qui expressas per conventionem habeat hypothecas, * a qua parte dissentit egregius Donellus *ad hunc* §. 29. *n.* 3.

24. (t) In §. 30. transit Imperator ad differentiam bonae fidei et stricti juris actionum ex effectibus, in quo tota partitionis bujus utilitas consistit, explicandam. Ideo descriptionem bonae fidei actionum, quae modo a nobis occupata est, praemittit, eamque compensationis exemplo illustrat, quo aliud sane commodius eligere non potuisset. Etenim haud facile dixerim, an ista nobilis actionum divisio luculentius exhiberi potuerit, quam in effectu compensationis, quam hac occasione Justinianus breviter exponit. Est compensatio nihil aliud quam debiti et crediti inter se contributio *l.* 1. *de Compensat.* veluti, cum *primus* secundo centum debet, atque brevi postea *secundus* primo tantundem aut aliquanto minus incipit debere; tum posterius debitum eum priore contribuitur, aut in totum, aut juxta concurrentem quantitatem. Sed id quidem in bonae fidei judiciis sine difficultate poterat admitti; nam etsi posterius debitum ex alia plane causa descenderet, neque vel in conventione, vel in formula Praetoris ulla ejus mentio facta esset, amplitudo tamen potestatis, quam Judex per formulam ex bono et aequo consequabatur, facile permittebat, ut judex diversi plane debiti rationem haberet, actionemque propter eam causam vel negaret vel imminueret. Alia longe erat ratio in actionibus stricti juris: etenim, quia non poterat in illis Judex egredi terminos conventionis neque formulam a Praetore praescriptam, manifestum erat, debitum plane diversum ejusque disceptationem, officio Judicis ad certam causam dati minime comprehendi; sed Marcus Caesar, philosophiae civilis gravissimus auctor, cum videret in judiciis strictis, mutui, stipulationis et condictionum, quae sunt frequentiasimae maximo partium incommodo excludi compensationes ue superstitione praeceptorum juris, contra naturam causae, et contra aequitatem cives laborarent, ita consuluit; ut et mala isti mederetur, neque tamen vim faceret ullam ordini judiciorum: Admitti voluit compensationes, mediante exceptione doli mali; Ipso jure non poterat hoc fieri, quamdiu institutum vetus dandi judices formulasque praescribendi durabat. Sed ita res erat; Qui in stricto judicio compensationem movebat, is actori solidum petenti respondebat; Tu facis dolo malo contraque officium boni Viri, quod solidum petas, cum non ignores quid mihi vicissim debeas. Tum judex actionem quidem in solidum admittebat; sed exceptionis aequitate motus reum non condemnabat, nisi in id quod deductis deducendis actori competere appareret; ea quo tamen non sequitur, quod velle videtur Cujac. *lib.* 3. *obs.* 17. *et lib.* 22 *obs.* 8. omnes stricti juris actiones, opposita doli mali exceptione, fieri bonae fidei; quod extra caput hoc, in jure diserte proditum, non licet affirmare; uti pluribus probat Bachov. *d. disp* 6. *de action. th.* 29. quanquam Cujacio adsentiri videtur Vultejus *ad d.* §. 28 *n.* 14. Caeterum non longo post Marcum tempore in usum fori receptum est, ut compensationes in omnibus judiciis ipso jure operentur, quod non modo

(t) *Pos.* 63.

* Jure Saxonico Electorali, privilegium hoc praelationis tantum ad hypothecas tacitas anteriores, non ad expressas pertinet. P. 1. C. El. 28. pr. verb. *allen andern Glaubigern, so nicht altere ausdruckliche Verpfandung haben.* O. P. S. T. 43. §. *Die Eheweiber.* verb. *aber gleichwohl nicht denenjenigen, so zuvor ausdruckliche* Hypothecas *haben.* §. *Welch der Weiber Recht.* verb. *alleine die ausdruckliche Verpfandung, welche vor solcher Zeit hergegangen, fur alter geachtet werden.* Carpzov. *ad d. C.* 28. *def.* 64. 65. Molterus *ad eamd. n.* 37. Ziegler. *ad d. T. Ord. Proc. Sax.* verb. *aber gleichwohl nicht.* Interim sicuti ipsi hypothecarii taciti tempore priores, potiores sunt hypothecariis expressis posterioribus; ita etiam omnibus hypothecis expressis, quibus alia tacita praefertur, etiam dotis privilegium potius est, vi regulae, si vinco vincentem te, multo magis vinco te, *l.* 14 §. 3. *ff. de divers. temp. praescr. c.* 7. *de praeb.* in 6. secundum receptam in Saxonia *D. O. P. S.* interpretationem. Carpzov. *P.* 1. *C.* 28. *D.* 175. Martin. *ad* §. 1. *O. P. S. tit.* 43. *n.* 63. Berlich. *P.* 1. *concl.* 72. *n.* 2. Sic, quando Titius ex tutela a communi debitore a 721. suscepta, petit 1000.; Philippus ea credito sub hypotheca expressa an 722. dato, postulat 1000.; Caecilia uxor debitoris, ex dote an. 723. illata 1000. Haec quia vi privilegii praelationis Titium vincit, superat etiam a Titio victum Philippum. confer. Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit.* 43. § 6. jung. tamen *Ordin. Recognita.* §. *Wober aber.* apud Berger *Elect. Discept. Far. secund. Ordin. Proc. Jud. d. Tit. p.* 1442. *et Monitum Ordinum Inclyt. Provincial. ap. eumd. p.* 1448 Caeterum fruitur eodem privilegio praelationis uxor, ratione donorum nuptialium in dotem datorum. *Dec. El.* 51. verb. *Wenn ein Schwieger-Vater seinem Eydam zur Mitgifft ein gewisses und zwar mit eingeschlossen des Hochzeit-Geschencks, mitzugeben versprochen, in solchen Fall ist es billig.* pro Dote *zu halten.* Carpzov. *P.* 1. *C.* 28. *D.* 38 item ratione dotalitii, quatenus duplicatas dotis usuras non excedit. *arg. Ord. Process. Sax. Tit.* 45. §. *So wollen.* Carpzov. *d. C. def.* 95. conf. Berger. *l. c. Obs.* 3. *p.* 1453. *seqq. et* Menck. *Disput. de quantitate dotalitii in Saxonia, th.* 22. *seqq.* nec indigna hoc privilegio censetur uxor, quae sciens obaeratum nupsit. *Decis. El.* 6. ibique Philipp. *Obs.* 3. nisi luxuria ejus maritum ad inopiam redactum esse, constet. *d. Dec.* ibique Philipp. *Obs.* 4. quod tamen creditoribus liquido demonstrandum est, conf. Heig *P.* 2. *q. q. n.* 57. Casp. Henr. Horn. *Resp. Class.* 13. *sent.* 2.

Imperator Alexander rescribit in *l.* 4. *C. de Compensat.* sed et Paulus Jctus in *l.* 4. *et l.* 21. *de Compensat.* idque se quoque sancire narrat Justinianus in *l. ult. pr. C. eod. tit.* videtur hoc autem novi ipsemet addidisse, quod antea compensatio non nisi in quantitatibus ipso jure fiebat; ipse vero in actionibus in rem idem illud constituit; eo sensu quo statim videbimus.

Prius intelligendum, quid sibi velit, quod ipso jure fieri dicitur compensatio: Enimvero Judex divinare non potest quid invicem debeatur: ideoque nihil ambigendum, quin objicienda sit compensatio: sed duplex intellectus superest, primo, Contributio utriusque debiti et extinctio vel diminutio ejus quod vice mutua debetur, non habet affectum ab eo demum tempore, quo actio in judicio movetur, sed exinde, quo vicissim deberi coepit, ita ut usurae debiti reciproci confestim cessaverint, etsi novum illud debitum, quo vetus sublatum aut minutum est, non fuerit usurarium. *d. l.* 21. *et d. l.* 4. *C. eod.* Alter sensus est, quod judex compensationem admittere ejusque rationem habere possit, etsi in formula Praetoris ejus nulla mentio habita fuerit; perinde ut olim in solis bonae fidei judiciis fieri potuisse praediximus. Eodem modo accipiendum, quod exceptiones in bonae f. judiciis ipso jure inesse legimus in *l.* 3. *de Rescind. vend. l.* 84. §. 5. *de Legat.* 1. *l.* 31. *et ult. de hered. pet.* Superest tamen hodieque discrimen, ut videtur, quod in strictis judiciis exceptiones initio litis contestari oportet, in bonae fidei, contestatio non est necessaria, *l.* 9. *C. de praescript. longi temp. l.* 8. *et* 9. *C. de except.* sed hac de re plenius agendum, *ad tit. de exception.* Ad compensationem redeundum. Manifestum est eam ipso jure non posse aliter institui, quam si res sint ejusmodi, in quibus nulla facti incertitudo versetur. Proinde necessum est, uti liquida sint debita, non controversa; uti quantitates sint ejusdem generis et bonitatis, in quibus nulla sit varietas aut inaequalitas aestimationis, quod res loquitur in pecunia maxime habere locum. Nam in corporibus aliisque etiam quantitatibus, ut oleo, vino, frumento, semper aliqua inaequalitas reperitur, nisi corpus vel quantitas eadem in genere debeatur, in quod nulla cadere potest affectio. Denique Justinianus in hoc §. 30. et *in d. l. ult. C. de Compensat.* facit etiam locum compensationi in actionibus in Rem, commodati, aliisque, ubi agitur de restitutione specierum, id est rerum corporalium: sed hoc ut intelligatur, facile explicatu est; quatenus in illis actionibus quaeritur de pretio rerum deperditarum vel corruptarum, adeoque de pecunia, sic ibi compensatio exercetur, nec dubium, quin eo sensu in ipsa quoque depositi actione obtineat, tametsi Justinianus depositum a compensatione excipiat. Nimirum quatenus hoc praetextu dominus rerum depositarum exactione defraudaretur: Non vult Caesar restitutionem depositi ullam moram accipere obtentu compensationis; sed ubi tantum de praestatione pecuniaria ex causa depositi agitur, ibi nulla ratio dubitandi reddi potest, quare compensatio esset neganda. Bachov. *disp.* 6. *de Action. th.* 23. Eodem modo explicandum quod de invasione rei immobilis admonetur in *d. l. ult. C. de Compensat.* cessare quoque in illa compensationem, uti ne invasor ullo praetextu restitutionem ejus quod occupavit, recuset.

Praeter hosce duos effectus, qui a differentia bonae fidei et stricti juris actionum proficiscuntur, videlicet compensationis et exceptionum, notandi sunt breviter alii tres vel quatuor. Primo, dolus dans causam contractui b. fidei, reddit eum ipso jure nullum; in contractu stricti juris exceptio inde nascitur. *l.* 7. *pr. et* §. 3. *de dol. mal. l.* 3. §. *ult. ff. pro soc. l.* 16. §. 1. *de minor. l.* 13. §. 14. *de Action. empt. l.* 22. *et l.* 36. *de V. O.* (6) Secundo, cum res deperdita vel deterior facta venit aestimanda, in contractibus b. f. spectatur tempus, quanti res plurimi fuit usque ad sententiam; in strictis, usque ad litem contestatam, *l.* 3. §. 2. *Commod.* Tertio, in judiciis bonae fidei usurae debentur, etiam ex pacto nudo et ex mora, *l.* 32. §. 2. *de usur. l.* 17. §. 4. *eod. l.* 22. *pr. de donat.* in strictis, non nisi ex stipulatione expressa. *l.* 1. *et l.* 3. *C. de usur.* Similiter fructus et reliquae accessiones, in b. f. actionibus a tempore morae debentur, *tit. C. de usur. et fruct. leg. l.* 3. *de usur.* at in strictis dumtaxat a lite contestata. *L.* 38. §. 7. *de usur. l.* 78. *de R. V.* Quarto, pacta in continenti adjecta bonae fidei contractibus, actionem inde producunt, secus ac in iis quae sunt stricti juris. *l.* 7. §. 5. *de pact.* Cujac. 10. *obs.* 24. Haec omnia ab eo, quod initio diximus, a laxa videlicet aut angusta judicis potestate pendent; quae licet singula majoris sint controversiae quam ut tribus verbis in tuto collocari possint, hic tamen brevi auditu transmittuntur, quia suis locis ex professo de illis agendum erit. Moribus hodiernis sunt, qui volunt hoc discrimen actionum esse obsoletum. *

(6) *Distinctio inter dolum dantem causam contractui, et incidentem in contractum, quam Auctor hic supponit, rejiciendam puto. Sed hac de re proprius occurret locus* ad tit. ff. de dolo malo. n. 4.

* Sunt etiam, qui in Saxonia discrimen, quod inter actiones bonae fidei et stricti juris intercedit, sublatum esse contendunt. Ac ipsa Carpzov. *Parte* 3. *Dec.* 265. *num.* 10. 11. Schilter. *ad ff. Ex.* 23. §. 55. circa

Quascumque evolveris leges municipales, nusquam reperies ullam talem fieri actionum divisionem, veiba sunt Gudelini *de jur. noviss. cap.* 14. *vers. sed. quid.* Itaque ex cjus sententia omnes hodie sunt bonae fidei. At si quidquid in legibus municipiorum non invenitur, pro abrogato esset habendum. Jurisprudentia equidem Romana valde in arctum redigeretur; adsentior potius Bachovio *d. disp.* 6 *th.* 12. cum effectus divisionis illius a natura contractuum, quae non est mutata, pendeant, nec ipsos ita videri sublatos. Apud nos hanc divisionem plenum habere vigorem, exceptis iis, quae a veteribus formulis pendebant, locuples auctor est Sandius *lib.* 3. *decis. tit.* 14. *defin.* 1.

25. (u) Sequuntur actiones ARBITRARIAE, quas Dd. nonnulli pro tertia specie non agnoscunt; etenim cum bimembrem, quae est in *d.* §. 28. divisionem pro completa agnoscant, omnesque ibi non memoratas judicent esse strictas, nihil supererat, quam ut arbitrarias in numero strictarum haberent, et arbitrium pro qualitate accidentali, per quam natura actionum in se non mutetur; pro qua sententia disserit Joh. Faber. *ad.* §. 31. *h. t.* Non est quidem adeo haec opinio absurda, quam videtur Bachovio *disp.* 7. *de action. th.* 1. potius tamen ut species tertia consideretur: quoniam id, quod has actiones facit arbitrarias, in ipsa formula Praetoris habebat fundamentum. Nam in actionibus in Rem, quae proprie hanc speciem arbitrariam constituunt, hujusmodi formula erat usitata; *Si paret, fundum Q. D. AP. Titii ex jure Quiritium esse, neque is fundus ei a Maevio restituetur, judex condemna*, Cicero *Verr.* 3. Brisson. *lib.* 5. *formular.* Cum qua consentit Justinianus in *hoc* §. 31. ubi, arbitrarias actiones ex arbitrio Judicis pendere scribit, hoc sensu, ut in iis, *nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat.* Secundum haec Justiniani dicta, sic finire licet; Actiones arbitrariae sunt, in quibus si judicis arbitrio jubentis rem petitori restitui, non pareat Reus, condemnatio in aliquid majus sequitur. Haec definitio ex verbis Justiniani claris petita, satis demonstrat, esse arbitrarias ejusmodi actiones, quae nec sub bonae fidei neque sub strictis comprehendi queant, quemadmodum et ex methodo Caesaris in hisce *tribus* §. *et l.* 3. §. 1. *de usur.* abunde liquet. Alii definitionem petunt ex ultimis Justiniani verbis in *d.* §. 31. ubi sic ait: *In his enim actionibus et caeteris similibus, permittitur judici ex bono et aequo, secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satis fieri oporteat.* Unde A. Matthaeus *coll. Inst.* 2. *disp.* 11. *th.* 21. et Hotom. *ad h.* §. 31. in hunc modum finiunt: Actiones arbitrariae sunt, in quibus judici libera est potestas aestimandi ex bono et aequo, citra mutuam obligationem indeque natam bonam fidem, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Verum eo modo satis obscura fuerit harum actionum ab iis, quae bonae fidei vocantur, differentia, ut etiam Graeci Interpp. eas species confuderunt, quo nomine eos reprehendit Vultej. *ad* §. 28. *h. t n.* 17. quanquam Theophilus aeque de iis distincte loquitur ac ipse Justinianus: quando sic inquit; *ἐν αἷς εἰ μὴ πεισθῇ ὁ καὶ τῇ κελεύσει τοῦ δικαστοῦ ὁ ῥέος ἀποκαταστήσῃ*. et mox: *τοῦτο δὲ ποιήσαι καὶ ἀποκαταστήσαι διαφεύγει τὴν καταδίκην. διὰ τὸ ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι ταύταις ταῖς ἀγωγαῖς Arbitrariae sunt, in quibus, nisi arbitrio jussuque judicis Reus restituat, omnino condemnatur. Ubi autem hoc fecerit atque restituerit rem, evitat condemnationem: quoniam ea est harum actionum propria natura* Non poterat melius ad formam nostrae definitionis. Igitur harum actionum discrimen, in conceptione formulae antiqua maxime consistit; secundum quam ita fuit procedendum, ut primo judex agnosceret, essetne res petitoris nec ne; dein, hoc comperto, arbitrium, hoc est jussum, interponeret, de restituendo; cui si Reus pareret, absolutum erat judicium; si non pareret, ille jussus tantum erat interlocutio, quam mox sententia sequebatur peremptoria, quae Reum condemnabat aut in certam et Lege praescriptam pecuniae summam, aut in id quod aequum et bonum ei videbatur, quemadmodum ex inductione singularum specierum inferius patebit et latius probatur a Bachovio. *d. disp.* 7. *de Action. th.* 7. 8. *et* 9. Tu dices, si nulla est quam ex formulis differentia, nullam oportet esse jure novo, postquam formulae et impetrationes solemnes sunt abolitae in *tit. C. de formul. et*

(u) *Pos.* 64. 65. *et* 66.

juramentum litis, nullam agnoscunt inter bonae fidei et stricti juris actiones differentiam, sed cum Jure Saxonico, aliud nunquam constitutum sit, discrimen potius illud adhuc hodie faciat, quod in b. f. actionibus post moram adjudicentur usurae, *l.* 32 §. 2. *ff. de usur.* in stricti juris demum, cum promissae fuerint, *l.* 3. *C. eod.* divisionem hanc actionum etiam apud nos usu haud destitui existimo. vid. Brunnem. *ad. l.* 5. *ff. d. in lit. jur. n* 9 Bat. Leoph. Svendendorfer, *d. actionib. c.* 2 § 93. add. Menck. *Contravers. Jur. Civil. Disp. V. th.* 2.

impetr. act. subl. Responsio est, hanc nihilominus esse naturam harum actionum, *τοῦτο ταῖς ἀγωγαῖς ἐγκεῖσθαι*, ut ait Theophilus; quod si reus arbitrio judicis rem sine mora restituat, evitat condemnationem. At rursus quaerere licet; cujus igitur naturae tum sit actio, quando reus primo judicis arbitrio rem restituit, quia tum gravior condemnatio, quae differentiam huic generi actionum infert, non instituitur; Respondendum videtur, eas actiones tum magis stricti juris videri; utique singulas in eo statu consideratas, quia effectus b. f. in illis non possunt habere locum, lege tacente: Rursus instabis; Ergo arbitraria qualitas tantum est adjectitia, quae non habeat usum, nisi ob supervenientem fortuitamque rei contumaciam. Respondetur, naturam harum actionum in genere esse spectandam et ex formula quam Praetor eis ab initio dabat, cui et arbitrium et gravius condemnandi facultas inserebatur: Sufficit, ita has actiones esse comparatas, ut esse queant ejusmodi, quales sunt descriptae, licet in eventu tales non semper existant, sicut actio Legis Aquiliae poenalium numero habetur, quia potest esse poenalis condemnatio, licet in hypothesi atque in eventu saepe fiat ut sententia non egrediatur simplicem rei persecutionem, ut diximus ad §. 9. *supra de L. Aquil.* Postremo, si ita quaeratur, an post contumaciam actiones hae non fiant bonae fidei; quia tum judex aestimare debet ex aequo et bono, quantum et quomodo actori sit satisfaciendum; respondebimus, non esse tunc eas bonae fidei; primo, quia potestas ille aestimationis non venit ex mutua obligatione: et dein, quia laxitas aestimationis libertasque minor est in arbitrariis, quam in bonae fidei judiciis; Nam in quibusdam ex illis certa condemnatio judici praescripta est, veluti in actione quod metus causa, ubi quadruplum a contumacibus exigitur, *l.* 14. §. 1. *ff. Quod met. c.* in caeteris etsi nulla quantitas definita est, nihil tamen quam contumaciae satisfactionem judex habet aestimandam, reliqui bonae fidei effectus, quos supra commemoravimus, in iis non perinde exercentur.

Fuit descriptio actionum arbitrariarum; Sequuntur species quae *in d.* §. 31. enumerantur, et sunt primo omnes in rem actiones, tam civiles quam Praetoriae: harum aliquas nominatim recenset Imperator; at civilem Rei vindicationem ejusdem esse naturae, liquet ex *l.* 68. *de R. V.* ubi primo jussus judicis ad restituendam rem petitam, simpliciter collocatur; dein, si non pareat reus, sequitur condemnatio *dumtaxat*, hoc est, ad minimum in fructus et in omnem causam; si vero dolus subsit, in tantum condemnatur, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, *d. l.* 68. ubi in fine JCtus hanc sententiam dicit esse generalem, et ad omnia, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, pertinere; quemadmodum sane actio confessoria hanc ipsam habet arbitrariam condemnationem. *l.* 7. *Si servit. vindic.* Solam hereditatis petitionem e numero actionum bonae fidei, exemptam esse diximus *ad* §. 28. Porro in personam Actiones arbitrariae sunt, Actio quod metus causa, actio de dolo et ad Exhibendum. *d.* §. 31. De prima est textus *in d. l.* 14. §. 1. *et.* 3. *Quod met. c.* ubi diserte traditur, reum habere facultatem restituendi, si vult poenam evitare, et non esse hanc actionem statim in quadruplum, sed ita demum, si res non restituatur. De actione de dolo, sic Paulus ait in *l.* 8. *pr. D dol. mal.* arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est, vel quanti actor in litem juraverit. De actione ad exhibendum, textus proprii sunt in §. 3. *infra de offic. jud. in l.* 3. §. 2. *et l.* 9. §. 5. *ad Exhib.* Actio quoque Redhibitoria, quae est ex Ædilitio Edicto, satis perspicue hujus naturae esse, noscitur ex *l.* 45. *de Ædil. Edict.* ubi duplicem habere dicitur condemnationem; primo enim simplo defungi potest; si non reddat quod debet, in duplum condemnatur. Actionem finium regundorum esse arbitrariam, probat Pacius *Isag. ad tit. de fin. regund. ex l.* 7. *eod.* ubi de modo agrorum arbitri dicuntur dari; sed hoc quidem minus est ἀποδεικτικόν; siquidem et in familia erciscunda arbitri dantur. *l. ult. ff. Famil. Ercisc.* Magis ad rem pertinet, quod est scriptum in *l.* 4. §. 3. *eod.* si quis judici non pareat, eum condemnari; Nam haec est ipsa proprietas, quae actionem facit arbitrariam; analogia quoque hujus actionis cum actionibus in rem, facit, ut haec sententia facilius recipiatur; Nam est pro Rei vindicatione, *l.* 1. *eod.* eumdemque habet effectum; Proinde, si Judex arbitratus sit alterum ex litigantibus fines antiquos restituere debere, isque paruerit, bene est, habentque tum locum ejusmodi praestationes, quales fere in strictis contractibus obtinent. *d. l.* 4. §. 2. Si vero nolit restituere fines declaratos, condemnatur in aliquid gravius, *d.* §. 3. *l.* 4. idemque diserte probatur ex §. 6. *Inst. de off. jud. in fin.* Denique inter arbitrarias recenset Imperator actiones de eo quod certo loco atque noxalem. Verum in his non fit duplex condemnatio, nec adeo sunt eo sensu arbitrariae, ut e strictis actionibus different: sed arbitraria qualitas in illis adventitia et accidentalis est; Nam qui ex mutuo aut ex stipulatione debet *ex gr.* centum aureos Ephesi solvendos, nihil est dubii, quin haec actio sit mere stricti juris: Jam si alio loco petatur quam Ephesi, quia summa saepe diversitas

est usurarum totiusque rei pecuniariae in diversis locis, actor facere debet commemorationem Ephesi atque petitionis quae illic instituenda fuerat; at cum hoc non modo sit extra, sed etiam contra partium conventionem, manifestum est ex descriptione stricti juris actionum, quam supra instituimus, officium judicis in illis non permittere, ut ejus quod interest respectu loci, ratio habeatur. Idcirco repertum est, ut hoc casu propter utilitatem commerciorum, actionis qualitas mutaretur fieretque arbitraria; cum hoc effectu, ut is, per quem stat, quominus Ephesi solveretur, alteri praestet quantum ejus interest Ephesi non esse petitum. Et quidem apud Praetorem haec mutatio perpetratur eaque formulae inseritur. alioqui actor incideret in poenam plus petentium, sicut in §. 33. exponitur et inprimis a Theophilo declaratur. Satis ita liquet, hanc qualitatem arbitrariam esse dumtaxat adjectitiam, de qua Theophilus dicere non potuit, ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι τῇ ἀγωγῇ, *eam esse propriam actionis naturam*, ut de reliquis arbitrariis dicentem intelleximus. Non enim Praetor hanc arbitrandi facultatem formulae semper inserit; verum ita demum, si acciderit, ut alio loco fieret petitio, quam initio convenerat. De hac actione arbitraria proprios agendi locus est ad *tit. ff. de eo quod certo loco l. 2. et passim.* Quod ad actionem attinet noxalem, ea duplici sensu potest arbitraria dici, primo, quod ibi Judicis officium non sit Reum simpliciter condemnare, sed arbitrium deferre, vel servum noxae dedendi vel damni aestimationem praestandi, ut habebimus *infra ad pr. de Noxal. action.* et sic etiam arbitraria fuerit sensu proprio; non ut primo jussu de restituendo fiat et dein condemnatio, sed arbitrium in ipsa sententia committeretur. Alio sensu erit arbitraria actio per consequentiam ejus actionis, cujus haec est accessoria: etenim actio noxalis non est species actionis propria, sed tantum adjectitia qualitas aliarum actionum. Ita, si actio quod metus causa noxalis, de dolo nox. moveatur, dicendum, actionem noxalem esse arbitrariam, quia tales sunt causae principales, quarum respectu noxae deditio postulatur. Ita Donellus et Vinnius *ad hunc* §. 31.

26. Praecedens divisio actionum trimembris, in bonae fidei, stricti juris et arbitrarias, ad institutum praescribendi formulas, quae a Praetoribus dabantur Judicibus pedaneis, pertinebat, eoque spectabat potissimum, ut haberet Judex, unde certam ferret sententiam, quo partes expedite dirimerentur. Hoc Imperator plenius inculcat *in §. 32. et seqq. Curare debet Judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum fuerit.* Certitudo definitivae efficacissimis verbis commendatur, haud tamen sine limitatione, quatenus fieri possit; Nam aliquando debitum inde jam ab initio sic est contractum, ut aliquo modo incertum sit, veluti, cum res plures generaliter aut disjunctim sunt promissae; nec enim judici fas est obligationis materiam formamque mutare vel invertere, nec auferre debitori electionem solvendi quod voluerit, ut ad §. *sequ.* videbimus; Quare sive petitio certa fuerit, sive ita incerta, ut tamen illud ipsum sit, de quo expresse convenerat, recte videtur pronunciare judex, si dicat; solve quantum petitum est. *l.* 5. §. 1. *et l.* 59. §. 1. *de Re Jud.* Inter ea, quae sunt incerta ac indefinita, sine dubio est id quod interest. *l. ult. de stipulat. Praetor. l.* 24. *de R. J.* §. *ult. Instit. de V. O.* Proinde cum hujus sit frequens petitio, sciendum est judici, quo pacto hujus petitionem regere oporteat; Est hac de re constitutio, cujus et alias meminimus in *l. un. C. de sentent. quae pro eo quod inter. profer.* in casibus certis, hoc est, in quibus certa pecunia, certa res, certumve corpus petitur, ita aestimabit Judex id quod interest, ne duplum veri pretii excedat; rursus in incertis, quibus res vel pecunia incerta petitur, aestimari oportet quantum in rei veritate intersit, imo in dubio minoris potius, quam amplius condemnabit. *d. l. un.* ubi Perez. Cujac. 9. *obs.* 31. *et* 16. *obs.* 34. Jam huic Judicis officio, certam ferendi sententiam, actor subservire debet, certam faciendo petitionem: Judex enim ejus quod petitum est terminos egredi non potest. *l.* 18. *Comm. divid.* Hinc advertere oportet actorem, ne plus quam sibi debeatur, petat; olim, si vel uno nummo plus petiisset, causa cadebat; ut non modo superfluo non potiretur, sed nec id, quod vere debebatur, nanciseeretur §. 33. *h. t.* ibique Theophilus. Pleni sunt veterum libri testimoniorum de his qui formula eeciderant, apud Sueton. *in Claud. cap.* 14. Senecam *epist.* 48. Ciceronem 1. *de orat. pro Rosc. Comoed. et alibi.* Sed usu temporum pristinis solemnitatibus paulatim exolescentibus, formularumque impetrationibus sublatis, a Constantino Magno, qui juris publici formam non minus quam sedem imperii mutavit, *in l.* 1. *C. de formul. et impetr. act. subl.* aliter eum his, qui plus petiissent agi coeptum est: atque omnino in quatuor classes diserti sunt plus petentes; Sic enim proditum est, plus peti *re, tempore, loco, vel causa. Re*, veluti, si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam vel majorem partem suam esse contenderit. *Loco*, cum is, cui Romae debetur, petit Ephesi, et quidem si alio loco petatur quam

convenerat, tum actio, quae prius erat stricti juris, fit arbitraria et dicitur *de eo quod certo loco.* Propterea quod Judex in sententia arbitratur, quatenus et quid ratione loci alter alteri praestare debeat, siquidem varia rerum pretia et usurarum quantitates per varias regiones frequententur, quemadmodum ad *fin.* §. *praeced.* pluribus dictum est. *Tempore* plus petitur, quando quis ante diem petit, veluti cum is, cui Kal. Mai. debetur, in Januario petit; qui vero ante conditionem existentem petit quod sub conditione debetur, potius nihil agere quam plus petere dicitur, *l. un. in fin. Quando dies ususfr. leg. ced.* nisi forte sit talis, quae certo extitura sit conditio, veluti si morietur; Nam ex tali statim deberi videtur, nec tamen nisi post mortem peti potest. Vinn. *ad h.* §. *Causa*, cum quis ita petit, ut debitori auferat electionem, veluti, cum certa species petitur, ab eo cui res aliqua in genere aut alternative debetur; *ex. gr.* debeo vinum Gallicum aut Rhenanum, et tu petis simpliciter Rhenanum; debitoris enim est eligere utrum praestare velit. *l.* 10. *in fin. de Jur. dot.* Poena plus *re* et *causa* petentium, est Tripli. §. 24. *sup. et* §. 33. *in fin.* Qui *tempore* plus petit, ita mulctatur, ut ejus adversario tempus duplicetur ac ipsemet in impensas condemnetur. §. 10. *infra de Except.* Quomodo autem plus *loco* petentes adficiantur, modo dictum est. *

27. Haec de plus petentibus. Si quis vero minus quam sibi competit petat, is errorem suum emendare potest quavis parte judicii, §. 34. *h. t.* ** dicere autem vulgo solent; aliud esse, *emendare*, aliud *mutare* libellum (qui hic nihil est aliud, quam scriptura continens intentionem actoris) Emendatio dicitur, cum accidentalia libelli corriguntur: mutatio, cum ipsa libelli substantia invertitur, veluti cum aliud pro alio vel ex diversa causa petitur. *Ex. gr.* primo equum, deinde quis petiit bovem, vel primum ex empto, deinde ex donato; Talis mutatio potest quidem fieri ante litem contestatam simpliciter; verum postea non aliter, quam si novum deliberandi tempus Reo concedatur, et nova litis contestatio fiat, et adversario impensae refundantur. *l.* 3. *C. de Edendo.* atque adeo novum fiat judicium. Proinde quod hic in §. 35. legimus, mutationem illam fieri *in eodem judicio*, intelligendum est *apud eumdem judicem*, in eodem auditorio; cum olim praetor de novo interpellandus novusque judex dandus esset, quod hodie non fit, postquam ipsi Praetores judicare sunt jussi, abolito more delegandi judices pedaneos. *l.* 2. *C. de Pedan. jud.* Atque haec satis conveniunt cum vulgata DD. sententia, adversus quam disputat D. Wissenbach. *disp.* 8. *part.* 1. *ad Pand. th.* 20. contendens, mutationem libelli absolute post litem contestatam sine nova contestatione et deliberandi tempore fieri posse. At ex ratione juris antiqui, non video satisfactum esse huic argumento: Judex pedaneus secundum formulam a praetore sibi praescriptum judicare debat: libello autem mutato, qui judicabit secundum illam formulam priori actoris narrationi aptatam? Respondet quidem Vir summus, istius formulae tam strictam et angustam non fuisse interpretationem. Sed videamus id quale sit. Praetor dabat judicem praescripta ei formula, pro exemplo: *Si paret, Titium ex mutuo centum Cajo debere, judex condemna*, vel, si ex vendito similive contractu, additis verbis *ex bona fide.* At quomodo talem formulam sequi judex potuit, si actor deinde ex stipulatu peteret, de quo nihil in formula, ex qua tamen ipse judex erat, et qua deficiente, officium ejus deficiebat? Quod si excedere illam adeo potuit, ut actionem nunquam editam vel praetori

* Haec poena plus petitionis, apud nos in Sax. non obtinet, † sed sive re aut causa, sive loco aut tempore plus petitum fuerit, reus ab instantia solet absolvi, actorque condemnari in expensas. Carpzov. *P.* 1. *C.* 3. *def.* 12. Schultz *Syn. Instit. h. t. lit. X.* Hopp. *ad* §. 33. *Inst. h. t. us. hodiern.* Idem quoque in multis Germaniae locis observatur; conf. Perez. *ad tit. C. de plus pet. n.* 5. In nonnullis tamen poena plus petitionis Jure Civili determinata adhuc statuitur, ut in Vismariensi tribunali judicatum refert Mevius *P.* 6. *d.* 323 *n.* 5.

† Libellus, in quo quis certam summam, plus minusve petit, si modo de fundamento agendi aliqua ratione constat, ut generalis et obscurus, rejici haud debet; immo Judicis officio continebitur, si certa ac determinata summa in libello expressa, eoque nomine juramentum simpliciter delatum fuerit, ut jurisjurandi formulae clausulam inserat, jurantem nec istam summam, nec plus ea, nec minus debere. Hac forma jurare detrectans, in omnem libello expressam summam condemnandus est. Si actor certam sortem petet, inde vero minorem sibi deberi demonstrabit, reus non modo in hanc condemnabitur, sed quod in litis contestatione minorem istam summam non fuerit fassus, expensas actori solvet. Uti et Actor Reo, hoc minorem sortem offerente, illa majorem sibi deberi haud probante, in expensas condemnandus est. *O. P. S. E. I. et E. Tit. V.* §. 8.

** Etiam apud nos, citra metum condemnationis in expensas. Unde cum praedium in solidum petitum postea pro quarta parte peteretur, quia minor numerus toti ac majori semper inest, neque libelli mutationem factam, neque novam ejus communicationem necessariam, neque actorem in expensas condemnandum esse; *pron. Fac. Jur. Lips. m. Febr.* 700. Mench. *Tabb. Inst. h. t. p.* 154.

auditam admitteret, pro ex stipulatu, actionem ex vendito, statuendum est, eum ex formula stricta, ubi bonae fidei nulla erat mentio, omnes praestationes actionum bonae fidei, sententia potuisse complecti, quod videtur mirificam confusionem in judiciis parere debuisse. Quin si exceptiones in strictis contractibus nequidem admittere potuerit, nisi formula comprehensas, (vid. Bach. *disp.* 6. *de act. th.* 21.) quae tamen eamdem causam feriebant, quid proferri poterit, cur de alia plane actione cognoscere ei licuerit? Compensatio excludebatur e strictis actionibus. §. 30. *Inst. de act.* Quid ita? Quia ex diversa causa proficiscebatur, nec inerat formulae cui judex adstringebatur, ut diximus *supra*. Tanta, inquam, formulae religio et judicis coarctata potestas erat, ut compensationis, qua nil erat aequius, rationem habere nequiverit; actionis tamen plane diversae potuisse dicetur? Nullo ut videtur modo. In bonae fidei judiciis largior quidem potestas judici dabatur, sed quatenus natura actionis propositae permittebat, et maxime in iis quae ad rem in judicium deductam pertinerent. *l.* 25. §. 8. *et l.* 31. §. 13. *de Ædil. Ed. et l.* 21. §. 3. *de pecul.* At de alia re, causaque prorsus alia judicium suscipere, difficile dictu est, quo pacto pedanei judicis potestatem non excesserit. Id liquet, potuisse actorem male institutae actionis poenitere, et praetore denuo interpellato, ad aliud judicium transire, quo referendae videntur *l.* 4. §. *ult. de nox. act. l.* 18. §. 1. *de vi et de vi arm. l.* 12. §. . *de adqu. vel amitt. poss.* in quibus omisso petitorio, instituitur possessorium, quanquam *d. l.* 4. videatur et aliter posse explicari. Et hoc erat, quod Doctores volunt, si quis post litem contestatam actionem aliam instituere velit, hunc omissa priore instantia, novum quasi judicium instituere aliaque interpellatione uti debere, ut loquitur *l.* 23. *de judic.* Sed quia Graecis Imperatoribus mos dandorum judicum displicuit, *l.* 2. *C. de pedan. jud.* ratio illa de praecisa formularum observantia, in recentiore jurisprudentia, ad quam pertinet *d.* . 35. cessat. Attamen ne quidem hic multo aliter se res habet. Ponamus enim, Titium vocasse Cajum ad praetorem, edidisse actionem ex vendito in centum, praetorem dedisse judicem, praescripsisse formulam, contestatos esse litem; mox recordatum actorem, sibi non centum ex vendito, sed totidem vel octuaginta ex stipulatu deberi, vult mutare, Quaeritur an possit? Omnino. Sed pareat edicto *l.* 3. *C. de Edend.* quid jubet hoc? Edi actionem. Ubinam editur? Apud Praetorem. Ergo deserendus judex; omnia ex integro instituenda, *d. l.* 23. *de judic.* hoc scil. jure veteri, quod tempore *d. l.* 3. adhuc in usu fuit. Quomodo haec aliter possint intelligi, non video. Novo jure cum idem Praetor et judex sit, non est judex deserendus ut partes ad praetorem revertantur. Res tamen non admodum aliter se habet. Nam si actor velit uti beneficio legis et impune mutare, non debet postulare ut favorabilior sit quam reus, contra *l.* 125. *d. R. J.* sed huic omnia integra sunt praestanda. Is recte negavit actes se ex empto debere, Tu stipulationem nunc adducis, jam male forte negaverit. Ergo permitte ut deliberet, et si velit, tibi noviter petenti noviter contradicat: quae sane erit nova litis contestatio; et quam parum abest, quin novum judicium? Addo verba Bachovii *disp.* 1. *de action. th.* 44. *Veritas et simplex hujus rei decisio meo judicio haec est; quod si subtiliter consideremus, quae sit identitas judicii, non videatur esse idem judicium ubi nova intervenit litis contestatio: et ita non absurde defendemus communissimam Dd. sententiam, quae post contestationem litis factam, eodem judicio libellum mutari posse negat. Quod si consideramus continuatam quasi litis tractationem coram eadem persona et eodem judice, nec ulla opus esse nova citatione, aut novi omnino libelli productione et quod omnia quasi in locum priorum subrogentur, non absurde idem judicium appellari posse videatur, eaque procul dubio sententia est Justiniani in* d. §. 35. *Ubi idem judicium durare ait, cujus quippe mutatio vix apparet, cum praesertim hoc dici videatur oppositive ad jus vetus, quo manifesta erat mutatio, nova quippe facta interpellatione.* Usu fori nihil est certius, quam id quod a nobis superius est positum, scil. post litis contestationem nullam fieri posse libelli mutationem. * Sandius *lib.* 1. *decis.* 4. *defin.* 2. et DD. *ad d. l.* 3. *C. de Edend.*

* Jure Saxonico ✝ Actor simul ac guarandam praestitit, quod secundum *Res. Grav. de an.* 1653. *gr.* 17 *et Rescr. Elect. de ann.* 1691 §. 4. ante emissam citationem fieri debebat. j. tn. Hartman. Pistor. *L.* 4 *qu.* 22. *num.* 12. ant reus litem pure contestatus est, libellum mutare aut emendare prohibetur, etiamsi reo expensas refundere velit Actor. *L.* 8. *l. t. art.* 3. *et* 14. *P. t. C. El.* 11. *O. P. S. T.* 5. §. *de auch.* Zanger. *de Except. p.* 2. *c.* 21. *n.* 64. *seq.* Eventualis tamen litis Contestatio ipsi hoc jus non adimit. Berlich. *P.* 1. *Concl.* 28. *n.* 26. Carps. *Pr. tit.* 9. *art.* 2. *n.* 3. *seqq.* Philip. *ad Tit.* 5. *Ord. Proc. Sax. confid.* 13. Imo etiam ante Litem Contestatam, praestitamque guarandam, mutatio libelli in termino demum, acta efficit, ut actor in expensas condemnetur. *O. P. S. T.* 5. §. *f.* Carps. *ad d. C.* 11. *d.* 11. Renuntiatio

QUINTA ACTIONUM SUMMA DIVISIO.

28. (x) Sequitur ultima Actionum divisio, quod vel solidum iis, vel minus quam solidum persequamur. §. 36. *h. t.* In minus datur actio de peculio, quae competit in id quod in peculio reperitur, §. 36. *h. t.* secundum ea quae *ad tit. sequ.* dicentur. Ejusdem generis est Actio ex stipulatu de dote, qua mulier a marito repetit dotem soluto matrimonio, quam supra *ad* §. 29. habuimus: haec enim primo minuitur impensis in res dotales factis, quae sunt vel necessariae, sine quibus res integra esse non potest, vel utiles, quae rem faciunt meliorem, vel denique voluptuariae, quae tantum ornant speciem. *l.* 79. *de V. S.* Necessariae impensae dotem ipso jure minuunt, si nempe dos in quantitate consistat; tunc enim tanto minus, quantum vir impendit, est in obligatione dotis, *l.* 5. *de impens. in res dotal.* alioqui licet etiam res dotales retinere propter impensas necessarias. *l. un.* §. 5. *C. de Rei uxor. act.* Propter utiles impensas non datur hodie retentio; sed Actio vel mandati, vel negotiorum gestorum, *d. l. un.* §. 5. Voluptuarias impensas non aliter servat maritus, quam tollendo illas, quatenus sine laesione rei tolli possunt. *l.* 7. 9. *et l.* 11. *D. de imp. in res dot.* Secundo, minuitur haec ipsa Actio, quatenus maritus habeat beneficium, ne ultra quam facere possit teneatur, hoc est, ut semper ei relinquatur quantum satis est ad honestam exhibitionem victus et amictus, §. 37. *h. t. l.* 22. *fin. pr. l.* 30. *de re judic.* quod tamen privilegium datur indistincte viro, etiam cum ex aliis contractibus ab uxore convenitur. *l.* 17. *et l.* 20. *de re judic.* Idem beneficium datur †† parentibus, patronis, sociis et donatoribus, quando liberi, liberti, socii et donatarii adversus eos agunt. §. 38. *h. t. l.* 16. *et sequ. de re judic.* Donatori etiam aliquando plenius quam caeteris, quatenus hic etiam aes alienum computat, eoque deducto retinet quod ad tuitionem vitae sit necessarium. *l.* 19. §. 1. *de re judic. l.* 49. *et sequ. eod.* Idem beneficium datur ei qui bonis cessit. §. *ult. h. t.* etsi enim is vinculo obligationis non liberatur, sed tantum molestia executionis, tamen non statim ac aliquid de novo adquisivit, continuo exequendus est, sed humanitatis ratione aliquid ei laxamenti indulgetur. *h. t.* §. *ult. l.* 4. *l.* 6. *et l.* 7. *de Cess. bon.* Postremo, compensationibus Actiones minuuntur, §. 39. *h. t.* de quibus superius est dictum.

29. Sed in hoc §. *penult.* est aliquid speciale; dicitur enim, si quid invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, hoc minuere ipsius petitionem, quod tamen requisitum superius in compensatione non fuit collocatum, sed omnia, quae modo functionem recipiunt aeque controversa sunt, compensari posse diximus: proinde, ut aliquid praecipui in bis, quae ex eadem causa oriuntur, esse statuamus, dicendum, quando pecunia ex eodem negotio vicissim debetur, admitti posse compensationem, licet debitum forte non sit liquidum, ita ut censet Donellus *ad d.* §. *pen. n.* 7. Caeterum, praeter eos quibus beneficium datur, ne teneantur ultra quam facere possint, quod vulgo a DD. beneficium competentiae appellatur: sunt adhuc milites armatae militiae, *l.* 6. *et* 18. *de re judic.* denique filiifamilias, quando emancipati aut exheredati sunt, aut paterna hereditate sese abstinuerunt vel ex parte minima sunt instituti, etiam quando in adoptionem sunt dati, *l.* 2. *et toto tit. D. Quod cum eo, qui in al. potest.* Fratres quoque non videntur ab hoc beneficio

(x) *Pos.* 67. *et* 68.

utem Litis refusis expensis fieri ac nova actio institui possit, si nondum super probatione lata sententia vires rei judicatae nacta est, vid. Menck *Disp. ad Process. V. Tit.* 5. *th.* 12. *seq.* Berger *Elect. Discept. For. ad. T. V. O. P. S. Obs. X.*

† Et quidem novissimo, mutari libellum in modo agendi vel probandi, vel alias licet, donec super lite contestata, id est, de probatione suscipienda, aut juramento praestando nondum extat res judicata, ad quem adeo reos denuo citatus, recuperatis prius expensis, omnino respondere tenetur; Emendare, id est, errorem vel obscuritatem corrigere, summamque majorem vel minorem, ei, quae in libello expressa est, substituere, etiam in ipsa probatione, et ad ipsum Jurandi actum usque actori licet. Caeterum renunciare liti coeptae et novum offerre libellum, in quo alia debendi causa, aut aliud adest objectum, numquam non est in actoris potestate. Si libellus novus ita, ut dictum, a priori haud differat, illud non nisi ante terminum probatorium elapsum, et antequam super Jurisjurandi delatione res judicata extat, est permittendum; utroque tamen casu si quis, ut modo diximus, novum obtulerit libellum, omnes sumptus Reo, antequam respondeat, sunt restituendi, et Actor cum Advocato suo ob protelatam litem, decem et amplius Uncialibus; sive thaleris pro diversitate circumstantiarum est puniendus. *O. P. S. E. I. et. E. Tit. V.* §. 9.

†† Jure Saxonico novissimo, non nisi iis, qui per casus fortuitos absque propria culpa fortunas suas amiserunt, hoc beneficium conceditur. Determinanda sunt alimenta, ut egeant debitores, praestari solita, pro personarum dignitate, ita tamen, ut sumptus illi duos Unciales hebdomadatim non excedant, eaque sors alendis debitoribus destinata, non creditoribus, quibus ex massa concursus solvitur, pro rata detrahenda, sed statim ex bonis superstitibus praecipienda, et, beneficio illo iterum cessante, solutioni creditoribus sequentibus secundum ordinem faciendae applicanda. *O. P. S. E. I. et E. Tit. III.* §. 3.

excludendi, quis licet expressa de illis nulla sit sanctio, tamen in *l.* 63. *pro Soc.* ubi dictum erat, socio hoc beneficium dari, additur ratio, quia fratris loco est; nec ego tam ineptos audeo fingere Juris conditores, ut ejusmodi rationes adducant, in quibus non idem quod probare volunt, obtinere censerent, quidquid dissentiat D. A. Matthaeus *in coll. ff. disp.* 23. *th.* 11. et D. Wissenbach. *disp. ad Inst.* 38. *coroll.* 1. Socius autem non modo omnium bonorum, sed etiam unius rei hoc beneficio gaudet, ut Ulpianus auctor est in *d. l.* 63. Idem tamen in *l.* 16. *de Re Judic.* quod ad hoc beneficium attinet, socium omnium bonorum esse accipiendum scribit, quam esse ἀντινομίαν ἄνιατον, opinatur D. Wissenbach. *d. disp. ad Inst.* 38. *coroll.* 2. Potius est, ut dicamus, in *l.* 16. Ulpianum loqui generaliter de iis, qui hoc beneficium semper et in omnibus causis habent; *in l.* 63. eum de applicatione hujus privilegii ad societatem agere exquisitius; et docere, quod et socii particulares, ubi de rebus illis certis agitur, ab isto beneficio non sint excludendi: quo sensu non videtur Ulpianus sibi ipsi contrarius, quod alioqui satis est ἀντίθεσιν. Recipit adhuc extensionem beneficium, quod marito adversus uxorem dari superius est dictum, nam et ad socerum extenditur. *l.* 21. *de Re Judic.* Sed actio, qua tenetur ex promissione dotis genero, in solidum exercetur, *d. l.* 21. quod tamen corrigitur *in l. sequ.* ut, si manente affinitate, sive durante matrimonio, dotis petitio fiat, hoc privilegium nihilominus competat. *l.* 17. *pr. Sol. matrim. l. pen. de jur. dot.* Quod ex omnibus solum donatorem ita facere posse diximus, ut aes alienum prius deducat, *l.* 19. *et l.* 49. *de Re Judic. l.* 54. *Sol. matrim.* hunc habet usum, ut si quis ex reliquis conveniatur atque facultates ejus superent debitum, in solidum teneatur; Nec juvat eum, si ostendat, habere se creditores alios, quibus eum satisfaciendum erit, ad egestatem se perductum iri: Occupantis enim melior est conditio, ut est *in pr. d. l.* 19. id est, qui prior e creditoribus venit, totum quod sibi debetur aufert, ita, uti nec hoc deducatur, quod ejusdem conditionis hominibus, adversus quas hoc quoque beneficium competit, debetur. *d. l.* 19. *in pr. et* §. 1. Denique, totum hoc beneficium est personale, quod nec heredibus, nec fidejussoribus datur *l.* 24. *et seq. de Re Judic.* vid. Vinn. ad *hunc loc.*

30. (y) Satisfactum est Justiniano et textui sub hoc titulo. Supersunt tamen adhuc divisiones quaedam actionum in Arte juris valde frequentes et cognitu necessariae, quarum prima divisio est in actiones directas et contrarias; secunda in directas et uti   priori est haec regula; (*) In quibus contractibus par utriusque onus et praestatio est, ibi actio utrinque est directa, ut in emptione, societate, finium regundorum, communi dividundo etc.

S c h o l i u m.

(*) *Clarius videtur, si dicamus, actionem directam esse, quae persequitur principalem obligationem ex contractu venientem; contrariam contra, quae persequitur obligationem secundariam. Obligatio autem ista principalis est, quae spectat ad essentiam contractus et ingreditur ejus definitionem; secundaria vero, quae potest adesse et abesse salva contractus essentia. Inde etiam facile patet, cur in empto, locato etc. actio utrinque directa sit. Simul apparet, divisionem hanc non esse actionum in genere, sed in specie actionum ex contractu vel quasi et quidem bilaterali venientium.*

Ubi dispar onus et praestatio est, ibi is qui magis est obligatus convenitur directa, qui minus contraria. Sicut fit in commodato, deposito, pignore, mandato, negotiorum gestione etc. Ex gr. venditoris et locatoris ad rem, emptoris ad pretium, et conductoris ad mercedem obligationes, aequipollent, sicut res et pretium, usus rei et merces. Contra, qui commodatum, qui mandatum, negotium gerendum suscepit; tenetur ad exactissimam curam, alter solummodo ad impensas reddendas. In ipso deposito, licet ibi tantum sit lata culpa, tamen qui tenetur ad rem totam, plus oneris sustinet, quam qui de impensis fortean factis, an non factis, et ita in caeteris. Possunt autem contrariae praestationes servari vel per retentionem vel Compensationem, vel per reconventionem, etsi directae non moveantur. *l.* 1. §. 4. *et ult. de Contrar. Tut. et util. ad. l.* 17. §. 1. *Commod.*

Alio sensu actiones directae opponuntur utilibus. *l.* 37. *in pr. de O. et A. l.* 47. *de negot. gest. l.* 27. *in fin. de Procur. et passim.* In summa, directae sunt, quae ex verbis legum aut propria negotii natura fluunt, utiles, quae per interpretationem utilitatis causa, ad affines casus producuntur: exempla *in dd. ll.* et toto jure creberrima sunt, habuimus et unum *in* §. *ult. de L. Aquil.* Fuerit illa divisio VI. numero.

31. Et VII. haec esto; actiones sunt vel generales vel speciales. *l.* 38. *Pro soc.* Generales, quae agunt de multis rebus, ut actio Tutelae, mandati et pro socio omnium bonorum, familiae erciscundae, *d. l.* 38. *pro soc.* negotiorum gestorum *plurium*, denique hereditatis petitio, quae proprie est universalis. *l.* 62. *de R. J.*

(y) *Pos.* 70. *et seqq.*

l. 19. *et* 20. *de hered. petit.* Speciales sunt, in quibus de certis et singulis rebus agitur, ut commodati, depositi, empti venditi, locati conducti, communi dividundo etc. *d. l.* 38. VIII. Actiones sunt vel simplices vel duplices. Simplices, in quibus partes actoris et rei, sive petitoris et ejus unde petitur, evidenter sunt discretae, ut empti venditi, locati conducti etc. Duplices sunt, in quibus par utriusque litigatoris conditio est, utroque tam actoris quam rei partes sustinente, (*) cujusmodi sunt, actio familiae erciscundae, communi dividundo, Finium regundorum et interdicta quaedam. *l.* 13. *de judic. l.* 44. §. 4. *famil. ercisc.* §. *pen. in fin. I. de interdict.*

S c h o l i u m.

(*) *Dicerem*, Sustinere valente. *Non enim uterque simul actoris et rei partes sustinet, sed uterque ante motam litem habilis est ut fiat actor vel reus. Qui vero praevenit, is postea actor est.*

N. A d d i t.

Hic nihil habuit quod notaret Autor, et mecum consentit. Infra vero, cum ad Pandectarum titulum finium regundorum idem a me esset inculcatum, hanc notam ferre non potuit, sed eam rejicere tentavit variis effugiis, quae detecta jam sunt ibidem in nova additione.

32. IX. (z) Actiones sunt vel petitoriae vel possessoriae. Petitoriae dantur ex jure in re vel ad rem, quod dicitur, aguntque vel ex dominio ad restitutionem; vel ex obligatione ad dationem. §. 14. *et* 15. *h. t. Vel denique ad factum*, *d.* §. 15. *h. t.* Possessoriae sunt, quibus agitur ex jure possessionis ad detentionem rei adipiscendam, retinendam, vel recuperandam. Videbimus in *tit. de Interdictis.*

DE CONCURSU ACTIONUM.

33. (a) Placet addere Corollarium de Concursu Actionum, de quo nonnihil collocatum est in *pr. et in fin. tit. de Obl. quae ex del.* Est autem thesis hujusmodi; Si plures actiones de eadem causa competant eidem personae, an pluribus successive liceat uti actionibus, qui est concursus cumulativus, an electa una consumitur altera, quem *electivum* vocamus concursum. Eamdem rem esse oportere facile constat, ut quaestioni sit locus. Ex eadem quoque causa debeat esse actiones; nam si negotium quidem sit idem, causae tamen diversae, nihil est scrupuli, quin actiones cumulentur, cujus rei monstravimus usum in *pr. tit. de Obl. quae ex del.* exemplo adjectu ex *l.* 2. §. 2. *de Priv. del.* quando quis eumdem hominem primo surripuit, dein occidit, manifestum est, tam furti quam L. Aquiliae actionem esse exercendam, sicut ibi pluribus demonstratum. Debent etiam eaedem esse personae in usu hujus quaestionis, diversis enim personis ex eodem facto seorsim actiones dari, nec alteram ab altera tolli res ipsa loquitur, cujus rei extat exemplum in *l.* 1. §. *ult. de injur.* ut puta uxori meae filiaefam. injuria facta est, et ipsi et mihi et patri ejus competit actio, nec uni per alteram praejudicatur. Hinc quoque publica judicia non consumuntur a privatis, quae super iisdem delictis dantur, *l. un. C. Qu. Civ. act.* Adde *l.* 3. §. *f. Naut. caup. stab.* Praeterea quaeritur de usu actionis unius post alteram; non de eo, an plures actiones uno libello conjungere et cumulare liceat, qua de re ad *tit. ff. de Edend.* videbimus. Interim videsis, quod habet Wissenbachius. *Disp.* 48. *Inst. th.* 1. Nec id quidem postremo ad hanc thesin pertinet, una actione rejecta, licentne aliam instituere, quod definitur in *tit. ff. de Except. rei judic.* Nos quaerimus, an qui nos obtinuit actione, possit adhuc aliam super eodem negotio instituere, quod ad *d. tit. de Obl. quae ex del.* pendere diximus ab hac regula fundamentali, *non esse idem bis petendum*, quae est *l.* 57. *de R. J.* Lubenter id operam damus, ut difficilis et involuta quaeque facili negotio resolvere et *Auditoribus* quam minima cum molestia insinuare possimus, quod et in hac obscura definitione conabimur. Postulatum illius quidem regulae facillimum est, opinor. Quid enim naturae convenientius, quam ne idem bis petatur? Secundam inde regulam educimus hanc: *Una actio super eadem re consumit alteram, nisi in altera plus sit quam fuit in priore*, quia si hactenus cumulentur, non offenditur regula, *Ne bis idem exigatur. l.* 41. §. 1. *de O. et A.*

Hujus rei applicatio plerisque difficultatibus in singulis concursuum speciebus sufficit terminandis. Quid enim? Duae actiones rei persecutoriae concurrunt, Pro Socio et Communi Dividundo, Condictio Furtiva et rei vindicatio; nihil haerendum est, quin una tollat alteram, cum in singulis idem petatur, *l.* 38. §. 1. *ff. Pro Soc. l.* 34. §. 1. *et* 2. *de O. et A.* sed an hic potest usum habere limitatio, *nisi in una plus sit quam in altera*? Potest. Exemplum sit tale; Factum sub poena promissum est, datur actio in id quod interest, at ad poenam, utraque rei persecutoria est, ut dix. *tit. de Act. ad Pos.* 44. Una mota tollit alteram, nisi actio superstes plus contineat, veluti, si id quod

(z) *Pos.* 76. 77. *et* 78. (a) *Pos.* 79. *et seqq.*

intorest superet poenam. Aliud exemplum, Vindicavi rem furtivam, babeo corpus, sed deterins factum; superest condictio in id qnod interest, *por l. 42. pr. D. Pro Soc.*

Eadem regula cum limitatione valet in poenalibus, quando privatus in privatum agitat, nec enim duplicem ejusdem Delicti poenam esse oportet aut aequum est, quo facit eleganter quod est in *l. 41. in fin. de Poen. Iniquum esso, ut idem delictum variis aestimationibus coerceatur,* ubi per aestimationem intelligit poenam delicti. Eo spectat quod ad praedictum *tit. de Obl. quae ex del.* disputavimus, eum, qui privato judicio poenam dupli vel quadrupli exegit, criminaliter super eadem causa experiri non posse; adversus eumdem scilicat actorem; In publicis accusationibus aliud ost, quia non dantur iisdem personis, ut dictum est.

Eadem regula cum sua limitatione, gubernat concursum Actionis mixtae et rei persecutoriae; Si enim hac prius sit actum, mixta quod ad poenam superest; quod ad simplum consumitur, cum vice versa rei persecutoria per mixtam penitus extinguatur, *l. 35. §. ult. de O. et A.* tametsi difficultas hac parte quaedam se prodat in actione de Calumniatoribus, concurrente cum rei persecutoria ex eadem causa, in *l. 5. §. 1. l. 7. in fin. pr. et §. 1. de Calumn.* quam tu facilius capies, ubi de hac actione *ad tit. eumd.* fuerit actum: etiam quod de actione quod met. C. occurrit in *l. 9. §. 5. ff. Quod met. caus.* de quibus interim adi Wissenbachium *d. Disp.* 48. *th.* 8. 9. 10. *et* 11.

Omnium facillima conclusio est de concursu poenalis reique persecutoriae actionis: cum enim hae in diversa tendant, fieri necesse est, ut una post alteram detur, idque sine limitatione praedicta, quae vix est ut terminos habiles, quod dicitur, in hoc concursu reperiat. Quemadmodum furti actio et condictio furtiva concursum habent cumulativum, §. *ult. Inst. de Obl. quae ex dol.* nec turbat *l. 71. de Furt.* modo observes, per furti actionem intelligi condictionem furtivam, ut etiam fit in *l. 9. de in lit. jur.* sed in actione de *Rat. distrahend.* recte dixeris exceptionem contineri, cujus ratio tibi constabit ex iis quae ad *tit. ff. de tut. et rat. dist.* collocabimus. Videsis interea Wissenb. *d. Disp.* 48. *th.* 14. 15.

Sed duo sunt textus, quibus fundamentum definitionis nostrae averti videtur. Prima est *l.* 130. *de R. J.* ubi scriptum est ita; *Numquam actiones presertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit*, quod idem fere habetur in *fin. Inst. Si Quad. paup. fec.*

De qua solicitos vide Donellum, Cujacium, Wissenbachium *d. disp.* 48. *th.* 4. *et* 5. nostra intellectu nihil est in iis verbis, quam id quod pro fundamento posuimus; numquam actiones de eadem re concurrentas se mutuo consumunt, quia semper alia competit in id quod amplius est in ea, atque ita positis terminis habilibus; quod *praesertim* in poenalibus habet locum, quoniam in rei persecutoriis rarius contingit, ut in una plus quam in altera comprehendatur. Alter textus est in *l.* 41 §. 1. *de O. et A.* ubi de hoc concursu sic ait Paulus: *Si in reliqua actione tantumdem aut minus sit, id actor consequetur*; nam hoc ita potest accipi quando in reliqua actione plus est quam fuit in priori, id actor fert; sive in altera actione adhuc sit tantundem, sive minus quam fuit in actione priore. Nisi quis uti malit emendatione Cujacii, qui pro *id* legit *nil.* 3. *Observ.* 25. *et lib.* 15, *et* 13. *in fin.* (7)

TIT. VII.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

I. Continuatio et expositio Rubricae. II. Actio quod jussu. III. Exercitoria. IV. Institoria. V. Communia utriusque actionis. VI. Actio tributoria. VII. Actio de Peculio. VIII. De in rem verso. IX. Concursus earum actionum. X. Differentia inter servum et filiumfam. XI. De Scto Macedoniano. XII. Casus, quibus cessat hoc Sc. XIII. Actiones praetorias, de quibus sub hoc titulo, esse obliquas.

(a) Regulariter ex facto alterius alteri non adquiritur actio, quemadmodum nec obligatio nec dominium, ut dix. supra *ad pr. tit. Per quas pers. cuiq. adq.* nisi per eos, qui sunt in potestate nostra; scil. per filiosfam. et servos, §. 4. *et* 19. *supra de Inutil. Stipulat.*

(a) *Pos.* 1. 2. 3.

(7) *Consuli meretur inter caeteros, qui hanc quaestionem tractarunt, Joseph. Averan. interpret.* lib. 3. cap. 14. et 15.

certisque casibus aliis ob utilitatem commerciorum, de quibus *in h. tit.* Servorum enim et filiorumfam. hac parte *fere* est eadem ratio. Nam Imp. addit particulam taxativam, haud frustra, ut inferius patebit.

2. Prima, quae ex facto ejus, qui est io aliena potestate datur, est Actio QUOD JUSSU, quae competit illis, qui cum servo, vel filiofam. contraxerunt, adversus patrem vel dominum, quorum jussu contractus est initus, idque io solidum, quia cum ipso quasi contrahi videtur *l.* 1. *pr. Quod juss.* Et quamvis alioqui discrimen est inter jussum atque mandatum, quemadmodum *supra ad pr. de Attil. tut.* observavimus, heic tameo sub jussu mandatum quoque et Ratihabitio et quaelibet approbatio continetur, §. 1. *h. et l.* 1. *D. quod jussu.* fidejussio tameu a Patre facta pro filio non parit hanc actionem: sed ordinariam ex fidejussione; Pater enim fidejubendo, se pro extraneo gerit. *d. l.* 1. §. 5. Scilicet extraneus ex jussu non tenetur ei, qui contraxit cum jussionario, sed is hono convenire debet, et qui jussus est jubentem. Quod igitur in *fin. pr. d. tit. Quod jussu* habetur; *nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet*, de his, qui vinculo potestatis cum eo qui jussus est, conjuncti sunt, accipiendum. *arg. d. l.* 1. *et* §. 1. *h.*

3. (b) Secunda est actio EXERCITORIA, quae datur his, qui cum magistro navis, de rebus, quibus ipse praepositus est, contraxerunt, adversus exercitorem. §. 2. *h.* Exercitor autem est, ad quem quotidianus navis reditus pertinet, seu propria sive conducta sit. §. 1. *h. l.* 1. §. 15. *de Exercit. Actione.* Magister vocatur, cui totius navis cura mandata est. *l.* 1. §. 1. *et* 5. *de Exercitor. Action.*

4. INSTITORIA actio datur iis, qui cum institore contraxerunt de rebus terrestribus, quibus ille praepositus est, adversus Dominum negotiationis. *d.* §. 2. Ratio quare domini tabernarum et Exercitores his actionibus teneantur est manifesta, quod eorum voluntate negotium intelligitur esse gestum cum iis, quos negotiationi praeposuerunt: quippe institor est idem io taberna sive in officina, quod magister in nave, ideoque tabernarius dicitur in *l.* 5. §. 7. *de Instit.* sive taberna sit tantum negotiationis causa, sive operis faciendi gratia, unde *ἐργαστήριον tabernam*, *et institorem ἐργαστηριάρχην* appellant glossatores Graeci. Nihil differunt hae duae Actiones, quam quod exercitoria de maritimis rebus, altera de negotiatione terrestri datur.

5. Reliqua sunt communia; veluti *Primum*, quod utraque ad omne genus contractuum pertinet, modo institor et magister illis sint praepositi. *Secundum*, Utraque est perpetua, tam heredibus quam io heredes competens. *Tertium*, quando plures sunt exercitores aut Domini tabernarum, qui unum habeant magistrum vel Institorem, tum singuli in solidum tenentur (quod tameo hodie non observatur. Grot. 2. *de J. B. et P.* c. 11. *num.* 23.) *l.* 1. §. *ult. et l. seqq. de Exercit. Act.* Si vero ipsi exercitores aut domini per se navem tabernamve exerceant, nihil fit praeter regulam, verum singuli pro suis partibus tenentur, *dd. ll.* ut fit in omni obligatione. *Quartum* commune est, quod exercitoribus et dominis tabernarum non datur Actio adversus eos, qui contraxerunt cum Magistris et Institoribus, nisi quando hi solvendo non sunt *l.* 2. *de Instit. act.* nam alioquin hi dominis et Exercitoribus damnum refundere debent. *l.* 2. *de Institor. act. Quintum* commune *diximus alias*, quod ipsi institores et magistri a contrahentibus etiam immediate possunt conveniri, finito quoque officio; eo quod juris ratio non ferat, ut qui contraxit, ipse non teneatur; Cui nec obstet. *l. ult. D. de Instit.* quasi non loquatur de contractu, sed de simplici declaratione, ut liqueat e textu. At in *posit.* 10. *ad h. t.* deinde visum fuit potius accedere sententiae Sandii *lib.* 3. *tit.* 7. *def.* 1. tamquam civiliori, nec a ratione juris alienae, quod non fugit D. Thomasium, qui sic ait:

S c h o l i u m.

Recessit hic Autor ab opinione quam fovet in praelect. n. 5. p. 363 *quam videtur hausisse a Wissenb. quem vide* ad tit. ff. de instit. act. th. 19. *Et recte quidem; nam responsionem, quae datur a Wissenb. et in praelect.* ad l. ult. *de inst. non ferunt verba* d. l. ult. NEC jure etc. NEC aequitatem etc. *Ad dubia vero, quae moventur in contrarium* dd. ll. *facile responderi poterit ex Sandio*, l. praed.

Denique VI. et hoc est commune, quod utraque non tantum per servos navi tabernaeve praepositos comparetur, sed etiam per liberos homines, ob aequitatem superius demonstratam quae fundamentum habet io consensu praeponentium et utilitate commerciorum *h.* §. 2. *l.* 1. §. 4. *de exercit. act. l.* 7. §. 1. *et l.* 8. *de Inst. act.* Videtur tamen haec esse differentia inter exercitoriam atque Institoriam, quod exercitor non tantum teneatur ad praestandum solius magistri factum, sed etiam ejus quem magister sibi substituit, quod de institoria nusquam est scriptum. Ratio diversitatis peti posse videtur a necessitate, in qua ut plurimum constitutus est magister, eoque casu locus, occasio, res non patiuntur deliberandi consilium: quod secus io institore, ubi res patitur, ut de ejus conditione quis dispiciat. Haec ratio probatur ex *l.* 1.

(b) *Pos.* 4. *et seqq.*

de exercit. act. in pr. ibique suum obtioet usum; sed differentia ipsa ibi oon eollocatur, oisi quod in §. 5. *d. l.* 1. habetur *facilius hoc in magistro quam in Institore admittendum,* quae verba, licet sola, si cooferantur *cum pr. ejusd. l.* forte non sufficiant, juneta tamen ei quod de institoria id ousquam est proditom, sufficere videntur ad probationem. Perez. *orotem. h. t. et ad tit. C. de Exerc. act. n.* 10. Altera differentia haoe est, quod Exercitoria tenetur in solidum Pater eujus voluotate filius exercuit oautieam negotiationem, sed Institoria noo tenetur io solidum pater, lieet eo volente filius merces peculiares exerceat, sed venit in tributum una eum ereditoribus peculiaribus, *l.* 1. §. 19. *et* 20. *de exerc. act.* ubi ot ratio *quia ad summam Rempubl. navium exercitio pertinet.* Perez. *ad h. t.*

6 (c) Quarta aetio ex facto alieoo est TRIBUTORIA, quao datur Creditoribus servi aut filiifam. contra Patrem vel dominum, ex eo quod inique merees peculiares inter se et reliquos ereditores diviserit §. 3. *h.* Proinde non datur ad petendam divisionem ipsam, sed ad correctionem doli io divisione commissi, numquam aliter *l.* 7. §. 2. *et l. ult. D. de Tribut. Action.* Obstare videbantur verba Justiniaoi io *d.* §. 3. ubi; *ita praetor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit quodquo inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et caoteros creditores pro rata portione distribuatur, et ideo tributoria vocatur,* quae verba Weseobecio *ad h. t. ff.* imposuerunt, ut tributoriam de ipsa distributione mereium primitus facienda dari putaret: qood refellitur ex *d. l.* 7. *et ult.* Huoc locum bene Theophilus interpretatur, προσέρχονται οἱ κρεδίτωρες τῷ πραίτωρι, καὶ ἀναγκάζει τον δεσπότην ἀγαγεῖν εἰς μέσον τὰ φορτία, *Creditores adeunt Praetorem, qui dominum cogit merces in modio collocare;* quibus distractis, pergit Theophilus, si qoid superfluum sit, tum demum δοθήσεται τριβουτώρια κατὰ τοῦ δεσπότου, *tributoria adversus dominum dabitur.* Ex quibus verbis intelligimus, quod Praetor omnium primum feeit, id eum noo per modum actionis atque judieia dati, sed extra ordinem facere solitum fuisse.

SCHOLIUM.

Oritur ergo actio tributoria ex delicto, Wissenb. ad ff. de tribut. act. th. 24. Not. ad Strauch. XXII. 6. pag. 304. *quamvis Dn. Schilt.* Ex. 27. §. 48. *putot esse ex quasi contractu. De usu moderno dixi* ad Strauch. d. l. *quibus tamen adde Dn. Schilt.* d. l. 5. 47. 49. 50. 51. 52.

RESPONSIO.

Si do ipsa divisione in hac actione ageretur, nihil melius foret, quam ex quasi contractu eam derivare, qui recipit etiom doli praostationem. Sed quia tantum arguitur dolus in divisione facta commissus, magis est ut ex delicto videatur, id est, ex facto malefico, sicut est actio contra mensorem, qui falsum modum ronunciavit, contra falsum tutorem et similes, inprimis ipsa doli actio. Atqui non est de dolo *haec actio* quamvis non aliter quam dolo interveniente competat. l. 8. do Tribut. act. *Tu dic, non est de dolo, hoc est* ad dolum puniendum, *sed ad* rei perseeutionem, *ut habet idem textus. Dari autem dolicta rei persecutoriae actionis, jam dictum et adhuc dicendum est.*

N. ADDIT.

Non est haec rosponsio ad nostrum scholium, sed ejus doclaratio. Quare non est, ut aliquid excipiam.

7 (d) Quinta est aetio de peculio, quae datur ex contraetu vel quasi contraetu servi aut filiifam. eootra patrem vel domioum, juxta eam quantitatem; quae est in peculio. §. 4. *h.* Ratio autem peculii sio initur, ut id quod patri dominove debetur, prius deducatur. *d.* §. 4. *l.* 5. §. *ult. de pecul.* Ut et quod frater, in ejusdem Patris potestate, debet fratri suo. *l.* 6. *pr. l.* 9. §. 3. *de Pecul.* Iotelligitur autem peculium dumtaxat profectitium; nam de Castronsi filius ipse tenetur ut paterfamilias; de adventitio Pater quidem tenetur, sed tamquam legitimus administrator, non actione de peculio. *l.* 18. *in fin. de cast. pecul. l.* 6. *l. ult. C. de bon. quae lib.* Aeeedit haec ratio, quod omnes hae actiones Praetoriae dantur ex facto, adeoque ex voluotate Patris vel domini, sieut ex induetione singularum specierum intelligitur; Sed peculium adventitium oon venit ex facto aut voluntate Patris: unde liquet, ne quidem hac actione teneri Patrem de peculio adventitio, cujus ipse plenam eum usufructu habet admioistrationem, ut videtur D. Wissenbachio *parte I. Pand. disp.* 29. *th.* 6. Neo enim ulla causa reddi potest, quare hoc casu filius Patris commoda minuere possit.

8. (e) *Sexta* est Actio de in rem verso, qua pater vel dominus tenetur, quateous e contractu filii vel servi patrimonium eorum sit auctum. *d.* §. 4.

SCHOLIUM.

Quae iterum oritur ex quasi contractu. Not. ad Strauch. d. l. *et hodiernum usum habet de gestis famulitii nostri.* Dn. Schilt. d. l. th. 94.

(c) *Pos.* 14. *et* 15. (d) *Pos.* 16. *et* 17. (e) *Pos.* 18. 19. *et* 20.

R e s p o n s i o.

Existimavi hanc actionem esse qualitatem adjectitiam aliarum actionum, ut ad fin. h. t. *videbimus, non actionem suae naturae atque distinctae originis; ut non tam ex quasi contractu repetenda, quam ad quemlibet contractum, cui accedit, referenda sit.*

N. A u d i t.

Et ego existimo actionem hanc esse qualitatem adjectitiam aliarum actionum. Exinde tamen non sequitur, eam, quatenus habet distinctum objectum personale, ab illa actione cui adjicitur, non habere posse etiam distinctam originem, v. g. Actio ex empto de in rem verso, est quidem ex empto quatenus cum filio vel servo contractum est, interim tamen nullum est dubium, dominum vel patrem, qui non contraxit, haudquaquam teneri directo ex illo contractu. Hinc quaeritur, quaenam ergo sit ratio cur teneatur? Respondetur, quia in rem ejus versum est. Habes hic factum innoxium, et regulam aequitatis naturalis, neminem debere locupletari cum alterius damno. Ergo habes quasi contractum.

Differre autem hanc ab actione de peculio, satis indicat ipsa definitio in *h.* §. 4. quia saepe fit, ut actioni de in rem verso locus sit, cum nihil est in peculio; e contra, ut nihil sit in rem versum, cum tamen peculium abundat. Atqui dicuntur esse una et eadem Actio in *eod.* §. 4. idque ideo, quia clausula unius actionis alteri pro supplemento adjicitur: Ita ut si in peculio tantum non sit quantum debetur, id ex eo, quod in rem versum est, suppleatur, et vice versa. Proinde utraque actio in eodem libello conjungitur atque cumulatur. Teophilus haec paulo confusius παραφράζει. Debet autem utiliter in rem versum esse, ut actio detur, non voluptuarie, *l.* 3. §. 4. *de in Rem verso.* Quatenus scilicet versum est, sive pro parte, sive in totum. *l.* 10. §. 4. *et* 6. *d. tit.* Quid si res quidem patris vel domini in eo statu fuerit, ut in rem verti opus esset, in eventu tamen pecunia vel res in utilitatem domini non cessorit, velut, si frumentum arserit vel corruptum sit? Actio nihilominus durat, ut docet Ulpianus in *l.* 3. §. 7. *l.* 17. *in pr. de in rem vers.* At idem in *l.* 10. §. 6. *eod.* sic ait; *versum autem sic accipimus, ut duret versum.* Sed ipse id explicat, si pater filio solverit jam, quod in rem ejus verterat, tum videlicet haec actio cessat.

9. (f) Caeterum, cui datur Institoria, Exercitoria, quod jussu, hic etiam actionem habet de peculio, et de in rem verso, sed his actionibus non utitur, quia priores sunt meliores, cum in solidum competant, secus ac de peculio, de in rem verso, quae sunt insuper difficilioris plerumque probationis. Perinde, qui habet Tributoriam, is quoque de peculio actionem habet, sed aliquo respectu Tributoria est melior, aliquo respectu de peculio actio. Tributoria quoniam ibi conditio Patris vel Domini non est melior quam aliorum creditorum, *l.* 1. *de Tribut. act.* quod secus est in Actione de peculio, ubi Pater et Dominus deducunt quod sibi debetur. *d. l* 1. *et* §. 4. *h.* Rursus de peculio Actio est melior, quoniam in hac agitur de toto peculio, in Tributoria tantum de mercibus, in quibus servus aut filiusfam. erat negotiatus; quae est sententia §. 5. *h. t.* ubi Theoph.

10. Quae hactenus dicta sunt, perinde filiisfam. ac servis conveniunt; in hoc tantum est discrepantia, quod Dominus ex mutuo per servum contracto, peculio tenus obligatur, sed filiusfam. pecunia mutuo accepta, nec patrem obstringit, nec ipse obligatur, uti mox, quamvis alioqui filiusfam. perinde ac Paterfam. teneatur, *l.* 39. *D. de Obligation. et Action.* cum servus non nisi naturalis obligationis sit capax. *l.* 14. *eod. tit.* Etiam in aliis causis servi obligatio minus quam filiifam. est efficax; Etenim si servus fidejusserit extra causam peculii, si judicium acceperit, si compromiserit, aut jusjurandum detulerit, ex his causis in dominum actio de peculio non datur, secus in filiofam. *l.* 3. §. 5. *et seqq. l.* 5. §. 2. *de pecul.*

11. (g) Sed mutuum pecuniae excipitur Scto Macedoniano, ita dicto e Macedone quodam improbo foeneratore. *l.* 1. *de Sc. Maced.* (1) Ratio exceptionis est, quod filii aere alieno obstricti parentibus erant graves, ac saepe eorum vitae insidiabantur. *d. l.* 1. *D. de SC. Maced.* Atque ita liquet, in gratiam Patris, denique et in odium foeneratorum hoc Sctum esse introductum: unde filiusfam. ei non potest renunciare, *arg. l.* 29. *vers. omnes C. de Pactis. l.* 40. *de condict. ind.* secus ac mulier

(f) *Pos.* 21. *et* 22. (g) *Pos.* 23. *et seqq.*

(1) *Teophilus ad* §. 7. h. t. *adfirmat filiumfam.* Macedonem *huic S. C. occasionem nomenque dedisse, quam sententiam juvant prima S. C. verba: dicitur enim: in* l. 1. ff. *de S. C. Maced.* cum inter caeteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset. *Quae verba ad foeneratorem qui credidisset, pertinere non possunt, nam* aes alienum *est, quod nos aliis debemus.* l. 213. §. 1. V. S. *et sequens S. C. Clausula:* et saepe materiam peccandi etc. *dumtaxat ad foeneratorem referri potest. Vide Maranum in paratit.* ad tit. ff. *de S. C. Maced.*

Sc. Vellejano, quod in ejus favorem simpliciter est constitutum, ne ex loteroeasiooibus teneatur. *l. ult. §. pen. ad Sc. Vellej.* Faehio. 2. *controv.* 62. Bronob. 2. *Antin.* 40. *et* 1. *Miscell.* 62. (2)

12. Cessat tameo Sctum Macedonianum, 1. ex persona filiifam. si habeat peculium Castrense vel quasi Castrense. Item si se meotitus sit esse Patremfam. aut si publiee pro tali sit habitus. *l.* 3. *in pr. D. et l.* 1. *C. de Sc. Maced.* 2. Cessat respectu Patris, si sciverit, multo magis si jusserit aot ratum habuerit. *l.* 12. *et* 16. *eod.* vel pecunia in rem ejus versa fuerit, *l.* 7. §. 12. *eod.* 3. Respectu cootractus cessat, si pecunia in res utiles sit credita, veluti io studia; modo non ultra modum, *l.* 7. §. 13. *ejusd. tit.* cessat quoque io aliis rebus mutuo datis extra pecuniam, nisi in fraudem Sсti sint datae, *l.* 7. §. 3. *eod.* item quando mutuum dotis causa oecessario acceptum est. *d. l.* 7. §. 2. 4. Cessat respectu creditorum, 1. si mioor dederit mutuum majori, quia validius est privilegium aetatis quam Scti, *l.* 11. *in fin. de minor.* unde sequitur, si minor dederit pecuniam filiofam. aeque mioori, cessare hanc exceptionem. 2. Si creditor nesciverit esse filiumfam. *l. penult. d. t.*

13. (h) Sciendum aotem, Actiones Praetorias, quae h. t. traduntur, esse obliquas, nec omnino species actionum distioctas, verum adjectitias duntaxat qualitates aliarum actioonm, ut empti exercitoria, cooducti exercitoria, condictio certi exercitoria, condictio quod jussu, ac ita in caeteris. Praeter eas vero actiones obliquas, daotur etiam ex iisdem causis et adversus easdem personas directae condictiones, quae sunt civiles, *l. ult. h. t.* Quid igitur opus fuit dari praetorias? Tu dic; Praetor has Actiooes videtur introduxisse antequam civiles essent in foro receptae; vel oon raro Praetorem edicere de rebus, quae jam antea civiliter erant constitutae. *arg. l.* 1. *D. Commodati.*

TIT. VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

I. Definitio actionis Noxalis et ratio. II. Vis hujus actionis etc. III. Divisio. IV. Cujus generis sit actio. V. Quid juris sit in delicto filiifamil.

(a) *Noxalis actio* datur ex delicto servi adversus dominum, in hoc, ut vel damnum sarciatur, vel servus noxae dedatur. *pr. h.* Ratio cur servus ex delicto etiam in domioi praejudicium valide ac civiliter obligetur (cum ex contractu tantum naturaliter teneatur, *l.* 14. *de O. et A.* idque sine regressu ad dominum, oisi ex praevio ipsius facto, ut ad *tit. praeced.* intelleximus) ratio, inquam, obscura oon est. Primo enim, publicae disciplinae vigor acrius urget animadversionem delictorum, quam contractuum; et dein, delicta iovitos homines laeduot, contractus ab servo eum volentibus ineuotur, qui sibi imputare debent, quod cum servo homine contraxeruot, adde Cujac. *tract.* 7. *ad Afric. in l.* 21. §. 2. *de fidejuss.*

SCHOLIUM.

Hae rationes non persuadent; potius dicendum, actiones noxales oriri respectu domini, ex quasi contractu.

RESPONSIO.

Nimis liberalis est quasi contractuum Scholiastes. Quid adfine contractui admittat dominus in delicto servi, ipso invito admisso, haud facile dixeris. Nihil simplicius, quam esse qualitates adjectitias actionum ex delicto, ut videbimus n. 3.

N. ADDIT.

Hanc vero ultimam responsionem de qualitate adjectitia, nihil inferre. jam ostensum ad tit. praeced. o. 8. *Et autor eo ipso, dum in rationem peculiarem harum actionum inquisivit, eam illationem refutat. Res ita se habet; Servi obligantur etiam jure civili ex delicto. Saltem quaestio est, cur in praejudicium Domini, cum tamen servus, alias non possit Domini conditionem deteriorem reddere. Respondetur: Si servus deliquens non esset in dominio, posset actor ipsum ex delicto convenire, et si non haberet in aere, ejus corpori incumbere. Hoc quominus fieri possit, obstat alterius dominium. Cum vero dominus alias sentiat lucrum ex servo, aequius est, ut is damnum patiatur et incommodum, quam qui per servum est laesus. Ne tamen et sic domini*

(h) *Pos.* 30. *et* 31. (a) *Pos.* 1.

(2) *Sed nec mulier S. C. Vellejano renunciare potest. At haec quaestio occurret titulo ff. proprio l.*

conditio a servo reddatur deterior, et ultra lucrum dominus gravetur, liberatur dominus noxae deditione, cum ita, ut modo diximus, actor non habeat quod conqueratur. conf. Struv. Ex 14. th. 18.

2. Æstimatio damni proprie est in obligatione, noxae deditio in praestatione, qua reus beneficio legis se liberare potest *l.* 6. §. 1 *de re jud.* Utraque sententiae quidem inseritur, §. 1. *infra de off. jud.* sed aestimatio damni principaliter, noxae deditio per consequentiam. *d. l.* 6. §. 1. quatenus durum et iniquum visum est, ut servus domino supra corporis sui pretium noceret; cum alioqui traditum sit, non posse servum domini conditionem facere deteriorem *l.* 133. *d. R. J.* Noxae et noxiae discrimen, quod est in §. 1. *h. t.* ut noxa sit corpus quod nocuit, noxia delictum ipsum; minime perpetuum est, cum noxa et noxia passim pro maleficio promiscue accipiantur *l.* 1. *l.* 2. §. 1. *l.* 14. *de Nox. act.* Vinn. *ad* §. 1. Noxae autem deditionis hic est effectus, ut dominium servi transeat in eum, cui actio e delicto noxalis competit, ut tamen idem servum, qui confecta pecunia damnum ei refudit, dimittere cogatur. Eoque casu servi etiam domino eum manumittere compellitur §. 3. *h.* Si dominus servum defendere velit, potest eum destituendo statim liberari *l.* 33. *d. tit.*

3. (b) Dividuntur hae actiones in civiles et praetorias. *Civiles* dantur ex maleficiis quae Legibus puniuntur, ut furti nec manifesti noxalis, damni ex *L. Aquilia* noxalis. Injuriarum ex L. Cornelia noxalis etc. *Praetoriae*, ex maleficiis quae praetor edicto suo punivit, ut noxalis injuriae verbalis, noxalis vi bonorum raptor. etc. Quippe noxales actiones non sunt etiam distinctae species, sed tantum accessoriae qualitates aliarum Actionum.

4. Illud palam est, in personam actiones esse, cum sint ex delicto; videntur tamen in rem scriptae, quia dantur advorsus possessorem servi nam noxa caput sequitur, et si tempore delicti commissi fuerit in [illegible] §. 5. *h. l.* 20. *et l. ult. h. t. l* [illegible] *l.* Haec autem regula: Noxa caput sequitur, etiam huic casui accomodatur, quo servus delicto perpetrato manumissus fuit, *l.* [illegible] *Depos. l.* 4. *C. An. serv. pro suo fact.* quod hactenus verum est, quatenus actio contra manumissum sine dubio datur, at minime noxalis, verum directa ex ipso delicto, *d. l.* 4. *et l.* 15. *de condict. furt.* quemadmodum et contra, si liber homo delicto perpetrato, servus esse coeperit, hoc quoque casu noxa caput sequitur, ita ut actio quae prius directa competebat, jam facta sit noxalis. § 5 *in fin. h.* adde *l.* 7. §. 1. *de cap. min l.* 1. §. 2. *in fin. de priv. delict.* Caeterum, dominus ex delicto servi sui, nullo casu actionem habere potest, ne quidem si postea sit manumissus, ut pluribus habes in §. 6. *h. t.*

5 (c) Olim quoque ex delicto filiifam. noxaliter agebatur, §. *ult. h.* quemadmodum per omnia fere Patria potestas aeque rigida fuit ac dominica; sed hodie ipsemet ex delicto suo filiusf. convenitur, non pater, *d.* §. *ult. in fine* * quamquam in patrem post condemnationem actio judicati exercetur. *l.* 3. §. 11. *de pecul. l.* 35. *de Nox act.* Quod si non habeat unde solvat corporaliter puniendus est. *l.* 1. §. *ult. D. de Poenis.* Unde regula vulgata, qui non habet in aere, luat in pelle: ** quae non alibi locum habet quam in delictis, quibus poena pecuniaria est imposita. *d. l.* §. *ult.* Caeterum, ad publica delicta, nequidem deditio servorum pertinet, . *ult. h.* quippe in publicis delictis agitur de animadversione, qua homines alii ab similibus ausis deterreantur, non de mulcta pecuniaria actori applicanda, vel de aestimatione damni: verum actio noxalis supponit actorem, qui aestimationem damni quaerat, ut ex definitione apparet.

(b) *Pos.* 2. *et* 3. (c) *Pos.* 4.

* Usu moderno ex delicto filiifamilias non conceditur adversus patrem actio, nequidem ad moletae solutionem juxta legitimae quantitatem; haec enim post mortem demum debetur. Con pro patre ob vulnerationem a filio factam *zu Zahlung des Arztlohns* convento, *pron. Fac. Lips. m. Apr.* 704. conf. Berlic. *P.* 3. *concl.* 14. *num.* 18. Coler *Decis.* 39. *n.* 9.

** De usu hujus regulae, quae *l.* 7. §. 3. *de jurisd. l.* 25. *ff. de in Jus vocand. l. ult. C. de mod. mult.* c. 5. *X. de dol. et contum.* confirmatur, in Saxonia satis constat ex *Ord. Cur. prov. Wittemberg. rubr. Von der Leuterung* §. *und-nachdem* ubi temere appellantes, si mulctam praestare nequeant, corpore poenam dare jubentur, verb. *am Leibe soll. gestrafet werden.* Corp. Juris *Sax. p.* 142. *conf. Privil. Lipsiensis* Senatus, *wegen muthwilliger* Appellationen *und unnothigen Processen.* §. *Wenn es aber gar arme und unvermogende Leute betrifft, so die angesetzte Geld-Strafe nicht zu bezahlen hatten, die sollen anstatt derselben nach Befindung, etc Leipzig.* Statuta *pag.* 274. *it ex Ordin. Prov. de Ann.* 1555. *rubr.* Consistoria §. *Wurde sie haber.* Mand. *Elect. de An.* 1626. *die* 24. *Febr.* §. Unde begehren *Ordin. Prov. de Ann.* 1661. *tit.* 17. von Rind Zaoffen §. 3 aliisque pluribus textibus. Adde Menck. Dispot. de Tergo subsidiario, vulgo *von der Bezahlung mit der Haut.*

TIT. IX.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

I. Actio de pauperie quadrupedaria. II. Concursus ejus actionis cum Ædilitia.

(a) Noxali simillima est actio de damno per quadrupedem dato, quod *pauperiem* vocamus. Etenim pauperies est damnum sine iojuria facientis datum, hoc est a pecude, quae ut juris, ita et iojuriae incapax est, *l.* 1. §. 3. *h. t.* utcunque aliquod ejus vestigium apparest in *d. l.* 1. §. 11. ubi distinguitur inter culpam animalis provocantis et innocentiam provocati, qua in re videtur aliquam rationem babnisse Juris ejus quod Plutarchus probat *in lib.* τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, *Irrationalia ratione uti.*

SCHOLIUM.

Malim rationem decisionis in eo quaerere, quod bestia provocans contra naturam generis laeserit, provocata vero secundum naturam.

De pauperie datur ei, qui passus est damnum, hoc est, domino vel ei cujus interest, *l.* 1. §. *ult. et l.* 2. *h. t.* adversus dominum quadrupedis actio, in hoc, ut vel damnum sarciat, vel quadrupedem dedat. *d. l.* 1. *pr. et pr. h. t.* * Locum autem habet, quando quadrupes contra naturam generis sui, non ex ingenita feritate nocuit, neo etiam si irritatus sit quadrupes, aut ob onus nimium aut errore ductoris nocuerit. Nam priore casu nulla est Actio, nisi in duplum adversus eum, qui canem, aprum, verrem aut aliud animal noxium, juxta viam publicam habuit. §. *ult. h. t.* Altero autem casu, si pecus irritatum sit ab eo, cui nocitum est, ipse sibi imputet; si ab alio, tunc ille tenetur *ex L. Aquilia* utili, vel in factum actione. §. *ult. de L. Aquil. in fin.* Est praeterea de pastu pecoris actio ex L. XII. Tab. *l.* 14. §. 3. *de praes. verb.* ipsum tamen pecus non includetur, nisi dominus ignoretur, *l.* 39. §. 1. *ad Leg. Aquil.* tametsi in pascua Principis immissum animal ibidemque repertum fisco pro noxa cedat. *l.* 1. *C. de fund. et salt. rei domin.* De glande a suibus alienis comesta datur actio ad exhibendum in id quod interest *l.* 9. §. *ad exhib.* vel in factum, *l.* 14. §. *fin. de praesc. verb.* sc. quatenus in una plus est quam in altera: nam si utraque daretur in solidum, tum idem bis peteretur, quod bona fides non patitur. Per hanc enim regulam judicandum est, quando concursus Actionum sit electivus, quando cumulativus, ut dictum in *fine tit. de obligat. quae ex del.* et modo inprimis *ad fin. tit. de Action.* ita ut semper consideretur, sitne aliquid in una actione quod nec fuit in altera. Nam si leviore prius sit actum, gravior adhuc superest in id quod in ea plus reperitur. Ac ita, inquam, capiendum videtur, quod in fine *h. t.* scriptum est, *Nunquam actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit*, sed durat agendi jus, donec actor id quod maximum est in ulla actione de re ista, sit adeptus; *praesertim poenales*, ait textus, quia in his concursus plurium actionum multo frequentior est quam in rei persecutoriis. Eadem regula sic habetur in *l. pen. de O. et A. l.* 130. *de R. J.*

2. Sed roget aliquis; quo pacto fieri potest, ut actio aedilitia cum quadrupedaria concurrat? Nam aedilitia de canibus et de feris animalibus scripta est, et de his quadrupedaria non competit. Responsio est, utilem quadrupedariam de illis dari, *l.* 1. §. 14. *et l. pen. h. t.* quamdiu scil. quadrupes in potestate custodiaque prioris domini manet: Etenim si effugerit, haec actio cessat. *h. t. pr. versic. denique si ursus.*

SCHOLIUM.

Sed l. 1. §. 14. *nihil probat. In lege penultima vero* aliud animal, *non opponitur* mansueto, *sed* quadrupedi. *Et pugnat haec assertio, quod actio utilis quadrupedaria detur de damno per feram bestiam dato, cum Philosophia Ulpiani in tota* l. 1. h. t. *imo et ipsius Tribuniani* in pr. h. t. *Videtur itaque, si dicere licet quod res est, clausula ista in* §. 1. h. t. *Triboniano ex incogitantia excidisse.*

(a) *Pos.* 1. *et seqq.*

* Jure Saxonum Dominus animalis hanc electionem amittit, si animal, quod damnum dedit, ad se recipiat, sic enim, modo pauperiem ab eo factam sciverit, damnum datum praecise praestare jubetur *L. R. L.* 2. *art.* 40. Zobel *P.* 1. *diff.* 8. n. 6. Carpzov. *Prax. Crimin. qu.* 131. *n.* 19. Thomae *de nox. anim. cap.* 10 *n.* 32. Tenetur ergo animal abigere, id est ut Schilter. *ad ff. Ex.* 18 §. 6. ex moribus et aequitate explicat, ad judicem deducere, quo facto ipse ab omni obligatione liberatur, licet (α) laesus bestiam nolit recipere, ea enim tunc pro derelicta habetur, adeoque a Judice retineri, aut a quocumque occupari potest. Schilter *l. c.* j.° Richter. *Dec.* 5. *n.* 32. aut (β) animal ad dominum, qui expulit, revertatur; satisfecisse enim videtur suo officio, qui id illico abegit.

Responsio.

Pro l. 1. §. 14. *poni debet* §. 4. *ex quo constat, verba Edicti fuisse generalia, quae a JCtis limitationem acceperunt, qualis ibi et in l. pen. Non est diserte illie de feris bestiis; sed Justinianus uon miuorem habeat auctoritatem quam JCti, hac in parte; ut potius utilem actionem ad eam speciem extendamus, quam inutilem conditoris Artis negligentiam inerepemus. Eadem est responsio Vinnii. Plura alias.*

N. Addit.

Mire castratum est Scholium nostrum et capite et medio et fine carens. Ergo ante omnia integrum restituamus. Positum erat ad verba, ubi dicebatur in positione, quod haec actio detur, si eontra naturam geueris sui damnum dederit bestia. Adjeceram; Wiss. h. t. th. 2. Est enim ioventa hsec aetio io bis casibos obi lox Aquilia cessat, unde psuperies per feras bestias dsta hoo non spectst, sive enim fera dsmnom dederit, quae est nondom occupata, oemo qui eonveniri queat adest, sin occupsta sit, tom absque culpa vel laesi, vel domini, vel tertii, damnum dari nequit. Noo obst. §. *ult. h. t.* ad quam vsrie respondent Dd. *Responsio est*, inquit autor *in praelect. n.* 2. *utilem quadrupedariam de iis* (feris bestiis) *dari*, *l.* 1. §. 14. *h. t. l. pen. eod. quamdiu scil. quadrupes in potestate eustodiaque prioris domini manet. Etenim si effugerit, haee actio cessat, h. t.* princ. vers. denique si ursos. Sed *l.* 1. §. 14. oihil probst. Io lege penultima vero *aliud animal*, oon opponitur *mansueto*, sed *quadrupedi*. Et pugnat haec assertio, quod aetio utilis qoadropedaria detur de damno per feram bestism dato, cum Philosophia Ulpisni *in tota l.* 1. *h. t.* imo et ipsius Triboniani, *in pr. h. t.* Melius forte ad mentem Triboniani est alierum responsio, eoncursum actioois de paoperie eum aetione ex aedilitio edieto, ibi memorari saltem respecto caoum, qui sd bestias mansoetss pertineot. Dico: ad meotem Triboniani. Ad mentem legis XII. Tabb. et Ulpiani oeo hoe est. Sed *etsi eanis*, inqoit *l.* 1. §. 5. *h. t: cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit et alicui damnum dederit ... SI PER EUM LOCUM induei non debuit, haec actio cessabit et tenebitur qui canem tenebat.* Videtur itaque, si dicere licet quod res est, elausula ista in §. 1. *h. t.* Triboniano ex incogitantia excidisse, quod ostendnnt insuper voces: *praesertim poenales.* Ex quibos constat, eum hanc actionem pro pocoali habuisse, iterum contra mentem Ulpiani et legis XII. Tabb. ot jam dicetur. Est enim ex qussi eootractu ob aequitstem oaturalem, per ea, quao Dn. Struv. *Ex.* 14. *th.* 8. Dn. Pufend. l. 3. et 4. *J. N. et G. e.* 1. §. 6. Ad quasi delictum videtur esm referre Dn. Schilter *Ex* 19. *th.* 2. quod forte magis ad mores Ssxonum, de quiboa *th.* 3. quadrabit, quam ad legem XII. Tab. *Jam videamus respousionem Autoris. D.* L. penult. *jam in Scholio dictum, et videtur hio consentire Autor. Sed* §. 4. l. 1. *pro Autore nihil probat, quia hic* §. *non est separandus a* §. 7. *sed cum eo eonjungendus. Adde, quod JCti verba edicti generalia limitaverint non pro suo arbitrio, sed ex natura negotii, ut videlicet actio hujus edicti secerneretur ab actione Legis Aquiliac. Non minorem porro Justinianus habuit autoritatem quam JCti, fateor, sed non tantam ut intellectui legem ponat et naturas rerum mutet. Praeprimis autem, si quis hac responsione uti velit, constare debet, an Justinianus novam legem dare et veteres JCtos corrigere velit, de quo nihil extat in* §. olt. *Jam videant JCti cordati, et qui sputa Triboniani lingere non sunt adsueti, an conveniat vero et non personato JCto, ut potius contra juris prima prineipia utilem actionem de pauperie ad eam speciem extendat, quam inutilem eonditoris artis negligentiam inerepet. Hujus videlicet conditoris, qui quotieseumque de suo ingenio quid ratiocinari vult, tam misere id facit, ut vel tyroues non pejus facere possint.* vid. potiss. §. ult. quib. ex csus. manom. non licet, et tit. Inst. de L. Fusis Csnin. *Conf. Autorem ipsum supra ad hunc posteriorem titulum.*

Caeterum Poena aetionis aedilitiae * est eadem, quam *supra* habuimus io qussi maleficio de dejeetis et effusis, nisi quod hio do homine occiso agitur in ducentos aureos sive solidos. *l.* 32. *de Ædil. Ed.* vid. *supr. ad* §. 1. *de Obligat. quae quasi ex del.*

* Jure nostro quoties animal sua natura ferox damnum dedit, e. g. *ein schadlicher Hund, aehmer Wolff, oder hirsch. etc.* dominus, ad quem tempore laesionis bestia pertinebat, eam expeltendo haud liberatur. *L. R. L.* 2. *art.* 62. aed si quis occisus fuerit, ad praestandum Wergeldum, si laeaus, ad emendam impensasque curas solvendas compellitur, ac praeterea carcere aut mulcta coercari solet conf. *Ord. Crim. art.* 136. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 131 *n.* 25.

TIT. X.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

I. Jus vetus et novum de hac Rubrica. II. Quid procurator et quotuplex. III. Usus et officium ejus. IV. Potestas et differentia ab affinibus.

(a) Olim nemo per alium poterat exercere judicium, οὐκ ἦν ἐν πολιτείᾳ, *non erat in usu civili*, ut Theoph. quia cunctae actiones erant legis actiones, *l.* 2. §. 6. *et seqq. de O. J.* quas per alium exercere non licebat, *l.* 123. *de R. J.* quemadmodum idem adhuc obtinet in his, quae per excellentiam Legis actiones hodieque dicuntur, *l.* 77. *de R. J.* ibique Jacob. Gothof. Tamen et olim causae excipiebantur, in quibus absoluta necessitas in universum id flagitaret, veluti cum pro populo syndicus et actor, pro pupillo tutor, et pro libertate adsertor agebat; quia totus populus, servus et pupillus, nullo modo in judicio stare poterant, denique pro absentibus Reip. causa ex L. Host. de furto *pr. h. t.* Sed postea Civium utilitas effecit, ut indistincte liceret dare procuratores ad lites exercendas, *d. pr.* utique ad causas civiles, * ne famosis quidem exceptis, *l.* 6. §. 2. *de his, qui not. infam. l.* 42. §. 1. *de Procur.* imo ne civilibus quidem, ubi poena non excedit relegationem, *l.* 1. *vers. plane. An per al. caus. appell. reddi poss.* nam in gravioribus causis non licebat dare Procuratorem. *d. l.* 1. *et l. pen.* §. 1. *de publ. judic.*

2 (b) Est autem procurator, qui res alienas mandato Domini administrat, *l.* 1. *pr. de Proc.* unde solo consensu etiam inter absentes constituitur. §. 1. *h. t.* Estque vel ad negotia, qui plerumque Mandatarius vocatur, vel ad lites. *l.* 73. *de procur.* Hic rursus in rem suam vel in rem alienam, de quibus *supr. in tit. de mandat.* Per mandatum vero differt procurator a negotiorum gestore, et a defensore; nam ille dicitur, qui res alienas sine mandato administrat, hic vero, qui litem absentis amici ultro suscipit ac tuetur. *l.* 28. *et l.* 51. *de Procurat. et defensor.* Potest etiam Procurator rei, *Defensor* appellari, *l.* 35. §. 3. *de Procur.* quemadmodum et defensor mandato carens Procurator dicitur in *l.* 12. *C. de Procurat.* Hoc tit. de Procuratoribus ad litem et in rem alienam agitur.

3. Usus Procuratoris est, ut sit vicarius domini, sicut Cicero in *orat. pro Caecin.* loquitur, siquidem morbus, aetas et necessaria peregrinatio aliaeque justae causae, saepe hominibus impedimento sunt, quominus ipsi rem suam exequi possint. *pr. h. t. l.* 1. §. 2. *de Procurat.* Quid enim erat inhumanius, quam quod olim litigantes etiam aegroti in jus venire cogebantur, ita ut jumento vehiculoque imponerentur, quemadmodum apud Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. legimus. Ex his liquet; officium Procuratoris ad rem alienam esse, omnia facere, quae ad litis exitum victoriamque obtinendam pertinent, *d. l.* 35. §. 3. *de Procurat.* qua de re plenius ad *tit. D. de Procurat.*

4. Differt autem Procurator ab Advocato, ** quia ille per litis contestationem fit dominus litis. *l.* 22. *et seqq. C. de Procurator.* Advocatus vocis suae patrocinium dumtaxat adbibet; Procurator satisdat, non advocatus. §. 3. *tit.*

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. *et seqq.*

* Ita quoque apud nos regulariter obtinet; personalis tamen comparitio requiritur †† 1.) in causis cambialibus ex parte Rei, secundum *das erneuerte Marckt* Rescript. *de Anno* 1660. verb. *iederzeit in Person vor Gericht zu erscheinen.* 2.) in causis mercatoriis, *de Rescript.* verb. *in Wechsel-und andern bestandlichen oder* in continenti *erweislichen Handels-Schulden.* 3.) in causis Matrimonialibus, imprimis in primo Termino, *bey der Verhor.* Berger. *Elect. Process. Matrim.* §. 16.

†† Partes novissimo Jure Judiciario in omnibus Judiciis superioribus et inferioribus, nec non ad Commissarios, ut sub quinque et amplius talerorum poena; prima vice ipsae se judicio sistant, citandae sunt, nec admittendae excusationes, nisi morbo, longingua absentia, itineribus necessariis, aliisque impedimentis ex judicis arbitrio legitimis innitantur, cui quidem demonstratione aliqua, aut saltem asseveratione juramenti loco in literis excusatoriis adjecta, fidem faciant. Interea ita excusatus, mandatarium suum ad amicabilem compositionem, cujus obtinendae causa haec constitutio maxime confecta est, sufficienter instruat, nec ideo, ut audiat, et ad se referat, eum in judicio adesse debere credat. *O. P. S. E. I. et E. Tit. I.* §. 1.

** In judiciis Saxoniae plerumque advocatus causae simul procuratoris partibus solet defungi, utut non prohibitum sit alium procuratorem, qui juris imperitus esse potest, alium advocatum sibi constituere. Caeterum in Curiis Saxoniae provincialibus Lipsiensi et Vitebergensi diversum est procuratorum, *derer Anwalde ober Redner*, et advocatorum officium. De numero eorum ac munere ut et salario, vid. *Leips. Ober-Hofger. Ordn.* d. 1549. tit. *wie viel* procuratores. it. tit. *von den* Advocaten *Wittenb. Hofger. Ordn.* d. 1550. t. *von. den* Procuratoren.

sequ. Advocatum per quinquennium juris studio operam dedisse oportet, * *constit. ad Antecess. vers. quibus si bene.* de procuratoribus nihil tale proditum est. Praeterea Advocati officium multo dignius est, *l.* 14. *C. de Advocat. divers. Judicio.* cum Procurator etiam possit esse infamis homo, §. *ult infra de except.* denique jurat de calumnia Advocatus, non Procurator. §. 1. *Inst. de Poen. tem. litig.* Compendiose Ascon. in *divinat. Cic. Qui defendit alterum in Judicio, aut Patronus dicitur, si orator est; aut Advocatus, si aut jus suggerit, aut praesentiam suam commodat amico; aut Procurator, si negotium suscipit, aut cognitor, si praesentis causam novit et sic tuetur ut suam.* Postea Patronorum et Advocatorum confusa sunt officia, cognitoris in jure nostro ne quidem nomen, quod sciam, extat. Procurator est, is, de quo diximus et dicetur pluribus in ff.

TIT. XI.

DE SATISDATIONIBUS.

I. Quid satisdatio et quomodo facta jure veteri. II. Quomodo jure novo, respectu Rei. III. Respectu actoris, si det Procuratorem. IV. Respectu rei Procuratorem dantis. V. Ratione Defensoris etc.

(a) Quando per alios judicia exercebantur, inprimis necessariae erant satisdationes, aliquando etiam, si per ipsos litigantes. Quid autem est Satisdatio? Nihil aliud quam cautio, quae fit datis fidejussoribus in securitatem adversarii, *l.* 1. *Qui satisd. cog. l.* 7. *de stip. Praet.* Haec aliter veteri, aliter recentiori jure praestita fuit, ut in *pr. et* §. 1. *h. t.* exponitur Olim reus actione in rem conventus satisdabat Judicatum solvi, ἕνεκα τῆς Διατιμήσεως τῆς δίκης, *de litis aestimatione solvenda.* Actor suo nomine agens non cavebat, sed procurator satisdabat dominum rem ratam habiturum, si ullo modo de ejus mandato dubitaretur. *pr. h. t. tit.* Idem respectu actoris erat in actionibus in personam, idque etiam in tutoribus et Curatoribus obtinebat, ait Caesar. *in pr. h. t.* quando videlicet, an tutores essent, dubitabatur. *l.* 23. *de administr. et peric. tut.* Regulariter enim Tutores atque curatores non satisdabant de rato, *l. ult.* §. 3. *C. de Amnistr. tut. l.* 23. *D. eod.* idemque de syndicis et actoribus, qui ab universitatibus dantur, intelligendum. *l.* 6. *rat. Rem. hab. l.* 6. §. 3. *Quod cujusque univers. nom.* Sed reus proprio nomine suscipiens judicium, nihil tum satisdabat; at si quis pro alio judicium susciperet, is quoque satisdabat judicatum solvi. §. 1. *h. t. l.* 33. *in fin. de Procur.* Ratio, cur reus olim in actionibus in rem magis quam in personam satisdederit, haec reddi potest; quod in illis agebatur de corporibus, quae perire vel deteriora fieri possent; in his de quantitatibus, quae neque perire neque deteriorari possunt. *arg. l.* 11. *C. si cer. pet.*

2. Jure novo Actor, sive per se, sive per Procuratorem inferat litem, cavet intra duos menses a tempore libelli porrecti, se litem contestaturum. *Nov.* 96. *c.* 1. ** (b) Reus in Judiciis

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. 5. *et* 6.

* Studium quinquennale academicum in advocatis desideratum, *v. l.* 11. §. 3. *C. d. adv. div. judicior* ubi ad eruditionem et habilitatem magis, quam ad tempus in academiis consumptum, vid. Mand. *El. d.* 1691 §. 8 respectum fuit, non amplius exigitur. Interim novissimum mandatum *d.* 1723. *d.* 12. *Apr.* §. 2, disposuit, neminem ad examen advocaturum admitti, nisi qui idoneis attestatis doceret, se per tres, vel quatuor annos studio juris tam in theoria quam praxi vacasse et disserendo profectum specimen publicum edidisse.

** Istae cautiones Juris Romani apud nos in usu non sunt. Carpzov. *P.* 1. *C.* 5. *Def.* 1. et 30. Coler. *de Process. Execut. p.* 3. *n.* 11. *n* 98. Schilter. *ad Jus Alem. Feud. cap.* 17. Stryck. *Us. Mod. ff. tit. de calumniat.* §. 4. Interim duae jure nostro ab Actore exigi solent cautiones; 1. Guaranda, *die Gewehr der Klage*, quam actor praestat actu corporali *durch Angelobniss an den Gerichts Stab, oder durch den Handschlag*, vi cujus promittit, se libellum non mutaturum, et reum adversus omnes, qui ipsum ex eadem causa convenire velint, defensurum. Quae Jure Comm. Saxon. introducta *L. R. l.* 2. *art.* 15. et *l.* 3. *art.* 14. et Electorali confirmata est. *P.* 1. *C. El.* 4. *O. P. S. T.* §. *da auch. T.* 12. verb. *Vermöge Land-üblicher. Sächsis. Rechte* Res. Grav. *de Anno* 1653. *gr.* 17. *C. S. p.* 1031. add. Berlich. *P.* 1. *Concl.* 19. et Carpzov. *ad. d. C. def.* 1. *seqq.* haec in causis ordinariis, etiam reconventionis, feudalibus et criminalibus quoque, *Weichb.* art. 114. non tamen in Processu sommario Executivo, Cambiali, Matrimoniali, et Mercatorio exigitur, conf. Menck, *ad Ord. Proc. Sax. tit.* 7. §. 2. 3. 5. Zang. *d. Except. P.* 2. *c.* 21. *n.* 58. *Mod. Pistor. qu.* 78.

personalibus Realibusque eavere debet judicio aisti et se in judioio usque ad finem litis permansurum, §. 2. *h. t. Aut. generalitor. C. de Episc. et cler.* fit autem illa eautio tribus modis, per fidejussores, per jusjurandum, aut per nudam repromissiooem. Huc postrema, ψιλῇ ὁμολογίᾳ, ut Theophil. defungi possunt rerum immobilium possessores, quorum praedia sunt pro praedibus. *l.* 15. *D. Qui satid. cog.* * Jurejurando eavent Illustres personae, *l.* 17. *C. de dignitat.* item pauperes, qui fidejussores reperire nequeunt. *Nov.* 112. *C.* 2. Ratio quare idem privilegium persoais adeo contrariis indulgeatur, sunt diversae; ab illustribus ideo non exigitur fidejussor, quod in ea re quaedam insit coutumelia. *l.* 17. *in fin. de Testam. Tut.* Pauperes jur. eavent, ** quia raro quisquam pro iis fidejubere vult, quae res judicia remoraretur, quod ipsius actoris interest ne fiat. *d. N.* 112. *c.* 2. Reliqui satisdare debent, hoc est, eavere datis fidejussoribus. Fidejussores autem esse locupletes debent, quod non tantum ex facultatibus, sed etiam ex eonveniendi facultate aestimatur. *l. 2. in pr. D. qui satisd. cog.* Hine mulier, miles, minor annis 25. omnesque potentes non habentur locupletes fidejussores, licet opulentissimi. *l.* 8. §. 1. *eod tit.* haec ad §. 2. *h. t.*

3. In Actore distinguitur; nam si ipsemet agat, nihil eavendum habet; si dat procuratorem, hunc vel in judicio, vel extra judicium dat. Si in Judicio, nihil etiam eavet; at si extra judicium, et quoties de mandato quidquam potest dubitari, procurator eavet dominum rem ratam habiturum. §. 3. *h. t. et l. un. C. de satisd. et l.* 1. *C. de Procurat.* *** Quod si plane mandatum non habeant, qui pro aliis agere volunt, penitus rejiciuntur, praeter conjunctas personas, quae sub eautione de rato, licet mandato carentes, admittuntur, **** *l.* 35. *l.* 40.

II. Cautio pro Reconventione et Expensis, per quam Actor datis fidejussoribus vel pignoribus, ac in subsidium jurato, cavet, quod in reconventione se coram eodem judicio sistere, ac in expensas litis temere motae condemnatus, eas praestare velit. In Reconventione autem de solis expensis ea exigitur. Carpzov. *Proc. T.* 9. *art.* 5. *num.* 181. Swendendorf. *ad Fibig. p.* 478. et in causis matrimonialibus, alimentorum, ut et in concursu creditorum locum non habet. Berger. *Elect. Proc. Matrim. th.* 21. 22. Carpzov. *P.* 1. *C.* 5. *d.* 27. n. 1. uti quoque haec cautio cessat in provocante ex L. diffamari, et L. si contendat. Cum is in causa principali revera sit reus. Lanterbach. *disput. ed L. si contendat. ff. th.* 67. *n.* 3. 9.

* Hi apud nos Guarandam quidem praestare tenentur, † a Cautione autem pro Reconventione †† et expensis liberantur, ††† *P.* 1. *C. El.* 5 *Ord. Proc. Sax. Tit.* 13. §. *nachdem*, ubi eodem jure apud nos fruuntur, qui allodialia et qui feudalia bona possident. Carpzov. *ad d. C. d.* 20. Imo Usufructuarii quoque rerum immobilium e. g. mariti, quorum uxores immobilia possident, eavere non compelluntur. v. *LB l.* 3. *art.* 76. *P.* 3. *C. El.* 32. Carpzov. *l. c. def.* 21. Nicol. *ad Proc. P.* 1. *c.* 36. *n.* 9. *p.* 402. licet hi jure Romano a cautione non liberentur, *l.* 15. §. 1. *ff. qui satisd. cog. vel. jur. prom.* Lauterb. *ad d. l.* c. 38. *n.* 15. conf. Strych. *Us. Mod. ff. tit. qui satisdar. cog.* §. 10. Nec requiritur, ut immobilia sub eodem judice sita sint, *O. P. S. T.* 13. §. 1. sed sufficit, si Actor in Electoratu possessionatus sit, unde etiam possessor immobilium in Episcopat. Martisb. aut Numbergensi Cautionem non praestat in Saxonia Electorali, Carpzov. *Dec.* 226. Eos tamen, qui in Lusatiae Marchionatu possessionati sunt, ab eadem in judicio supremo Provocationum non immunes esse, ostendit Nicol. *l. c. n.* 7.

† Guaranda res, exigui usus, et litium remora in foro Saxonico penitus est abolita. *O. P. S. E. I. et E. Tit. XII.* §. *un.*

†† Cautio pro Reconventione in Saxonia cessat, postquam haec cum conventione pari passu ambulat. *O. P. S. E. I. et E. Tit. XXIII.* §. *un.*

††† Puta rerum immobilium possessores, quales jure novissimo habentur Tabernarum et Apothecarum domini, usufructuarii, in publicis muneribus constituti, et salaria eo nomine percipientes, corpora denique integra et universitates, licet communibus bonis non sint instructae. Praeter hos, et eos, qui pauperum jura nacti sunt, si alii agere vel conveniendo, vel reconveniendo velint, antequam citatio decernatur, de Expensis XXX. L. et amplius taleris pro causarum diversitate caveant. *O. P. S. E. I. et E. Tit. XIII.* §. *un.*

** Similiter *Ord. Proc. Sax. Tit.* 13. §. *Da aber.* Actorem, qui cautionem pro reconventione et expensis, per fidejussores et pignora praestare nequit, ad jusjurandum admittit, quo adseveret, se eam, quam cautio injuncta continet, quantitatem in bonis non habere, nec credere, quod, omni licet adhibita diligentia, fidejussores aut pignora possit invenire: quo juramento praestito cautione juratoria cavet de reconventione et expensis vid. Svendend. *ad Fibig. p.* 488.

*** Haec de rato cautio per fidejussores jure civili expediebatur, §. 3. t. *h. t. l.* 12. *C. de proc.* jure autem Sax. admittitur cautio sub hypotheca bonorum, aut depositio pecuniae, non tamen juramentum. conf. *P.* 1. *C. El.* 5.

**** Jure Saxonico Electorali sine mandato expresso, cum cautione rati comparere possunt (1) ascendentes, et descendentes, *O. P. S. T.* 7. §. *Wir lessen.* §. *dass ein Vater von seines Sohnes, und der Sohn von seines Vaters wegen.* non tamen personae foeminini sexus, quia procuratoris partes sustinere nequeunt, unde nec mater pro filio, *a. d.* §. *O. P. R.* verb. *Vater.* ibique Zigler. nec filia pro patre admittitur, Diss. Sand. *L.* 1. *tit.* 5. *dec.* 4. Conf. Lauterb. *Diss. de Cautione rati a conjunct. th.* 7. (2) Collaterales usque ad gradum tertium *inclusive*, *d.* §. *O. P.* verb. *seithalb die Bluteverwandten bis in dritten Grad inclusive.* quod de gradu tertio computationis civilis accipi debet. Berlich. *P.* 1. *Concl.* 14. *n.* 38. Carpzov. *P.* 1. *C. Elect.* 1. *d.* 29. *n.* 3. (3) in affinitate Socer pro Genero et Gener pro Socero, *d.* §. qui pro socru quoque, et socer pro nuru, non tamen vitricus pro privigno comparere potest. conf. Menck. *ed Ord. Proc. Sax. tit.* 7. *th.* 10.

§. *ult. D. de Procurator.* ut et Procurator omnium bonorum. *l.* 5. §. 18. *de oper. nov. nunciat.*

4. (c) Quando reus dat Procuratorem, si quidem extra judicium, duplex Cautio praestatur; Una judicatum solvi, quae tres habet clausulas, litis aestimationem solutum iri, dolum malum abesse, abfuturum esse. *l.* 6. *D. Judicat. solvi.* Altera cautio est Hypothecaria omnium bonorum, qua Reus promittit se tempore ferendae sententiae in judicio esse adfuturum. *in fine* §. 5. *h. t.* Quod si reus in judicio dederit procuratorem, tum simpliciter satisdat judicatum solvi. §. 4. *in pr.* Quod a dominis rerum litiumque postulatur, idem ab syndicis tutoribusque municipiorum, denique et a tutoribus atque curatoribus, et si quae similes personae alienarum rerum gubernationem receperunt, exigitur, non utique cum ipsi pro ratione muneris sui agunt vel conveniuntur, sed quando litem quibusdam per alios inferunt, ut est in *fin.* §. 3. *h. t.* Etenim et illi dant vel Procuratores, quando scil. per litis contestationem domini litis sunt facti, *l.* 11. *C. de procurat.* aut prius dant actores suo periculo. *l. un. C. de Act. a tut. seu cur. dand.*

5. (d) Qui pro absente causam sine mandato suscipere vult defendendam, is quoque judicatum solvi satisdare debet, §. 5. *h. t.* ubi citatur vetus Regula; quod nemo alienae causae idoneus sit defensor absque satisdatione. Quid autem his de rebus in foro observetur, ipsa praxi discendum est. Pleraeque sane dictarum cautionum in usu esse desierunt. Ex causa usurpatur tamen cautio de rato et de solvendis litium expensis, quae est etiam in *Auth. generaliter. C. de Episc. et cler.* imo et judicatum solvi praestatur cautio, si reus sit peregrinus aut de fuga suspectus vel non solvendo. Groenew. *ad* §. 4. *h. t.* sed ab actore in tali casu nihil quam de litium expensis cavetur, nisi reconventio instituatur. Saepe etiam judicio sistendi causa ab reo caveri debet; sc. omni cautione ante litem contestatam exigenda. Zanger. *de Except. p.* 2. *c.* 21. *in pr.* Gudel. *de jur. noviss. lib.* 4. *c.* 5. Est etiam frequens in foro cautio de non offendendo, quam is exigit, qui sibi suisve rebus haud inani causa metuit, de qua Bartol. in *l.* 6. §. 2. *de off. Praes.* et Bald. *vol.* 3. *consil.* 287. At hae similesve cautiones, cum litis causa proprie non fiant, hujus loci non sunt. vid. D. Voet *ad* §. 5. *h. t.*

TIT. XIII.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS.

I. Tres regulae in h. t. *II. Primae regulae pars prior exponitur. III. Pars altera. IV. Regulae secundae pars prior. V. Pars altera. VI. Regula tertia.*

(a) In hoc tit. traduntur duo juris circa actiones fundamenta. *Primum*, quaenam Actiones perpetuae, quaenam sint temporales. *Secundum*, quaenam heredibus et in heredes, et quae non dentur.

2. (b) Quod ad primum attinet, Actiones perpetuae sunt, quae durant annos XXX. * quibus elapsis, nulla amplius actio moveri potest, *l.* 3. *C. de Praescr. XXX. vel XL. ann.* praeter hypothecariam, quae contra debitorem ejusve heredem, durat annos XL. *l.* 1. *et* 2. *C. Si advers. Credit.* denique rebus Ecclesiae praescribitur etiam quadraginta annis *Nov.* 111. *N.* 131 Graeci XXX. annorum spatium vocant γενεὰν, *generationem*, ejusque decursu actionum vitam circumscripserunt; nec enim lites expedit esse immortales, ut recte Harmenopulus *l.* 1. *c.* 3. *in pr.* Αἱ ἀγωγαὶ οὐκ ἀθάνατοι, τοῦτ' ἔστιν, οὐκ ἀεὶ καὶ μέχρι τῆς τοῦ κόσμου συντελείας κινεῖσθαι δύνανται. *Non sunt actiones immortales, hoc est, non possunt ad finem usque mundi moveri.* De hac autem actionum duratione, sunt quaedam regulae, quarum prima est; Actiones rei persecutoriae sunt perpetuae, non modo civiles, sed etiam praetoriae, ut interdictum quorum bonorum, et possessoria hereditatis petitio, quae tribuuntur heredibus, ut in textu, et de quibus in loco plenius dicetur. Item actio quod jussu exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso; addita tamen exceptione, *nisi brevius temporis spatium nominatim quibusdam actionibus sit praescriptum*: Excipiuntur actiones quibus rescinditur aliquid jure civili validum

(c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 8. 9. et 10. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. 4. 5. et 6.

* His in Saxonia additur annus Saxonicus, adeoque actiones perpetuae durant 31 ann. 6 sept. et 3. *d. L. R. l.* 1. *art.* 29. Carpzov. *P.* 2. *C.* 3. *def.* 3.

l. 35. *in fin. pr. de O. et A.* ut est actio aestimatoria et redhibitoria, quarum illa pro parte, hac in totum rescinditur Emptio venditio; nam priori sex, alteri duobus mensibus praescribitur. *l.* 19. §. 6. *et l.* 38. *de Ædil. Ed.* Actio de dolo, cui praescribitur biennio. *l. ult. C. de dol. mal.* Restitutio in integrum, quae finitur quadriennio *l. ult. C. de temp. in int. rest.* Querela inofficiosi, quae habet quinquennium sibi praescriptum. *l.* 8. §. *ult. de inoff. test.* Sunt tamen et aliae, in quibus illa ratio, de rescissionis odio non habet locum ut cum actioni in rem, si mobilis sit, triennio, si immobilis, decem aut XX. annis praescribitur, *pr. tit. Inst. de usucap.* et actioni de peculio, post emancipationem anno, ut docet *tit. π. Quando. de pecul. act. ann. est.*

3 (c) Secunda Regula est de poenalibus, ubi sic distinguitur. Praetoriae, sive quae ex Edicto descendunt, sunt annales, * quia Praetoris officium Romae dumtaxat annuum erat: unde Ciceroni Lex annua appellatur, ut alias dictum, excepta furti manifesti, quae est perpetua: quoniam Praetor, sit Caesar *in fin. pr. h.* absurdum putavit eam anno terminari; ratione clara quia furti nec manifesti ex L. XII. Tab. erat perpetua actio; manifesti igitur, quae gravior erat in eodem genere, non poterat esse temporaria. Sed hic opus est objectionem removeri. Quid enim? Praetoriae actiones poenales sunt annales, quia Praetoris officium erat annuum. Haec ratio convenit etiam actionibus rei persecutoriis, quae tamen sunt perpetuae. Responsio est, ita se rem habere; Convenit haec ratio aeque rei persecutoriis actionibus. Sed in his est alia ratio fortior, quae vincit alteram; scilicet, quod iniquum sit actionibus, quibus persequimur id quod a patrimonio nobis abest, anni spatio finiri. Ubi duae rationes concurrunt, ibi deterior cedere debet meliori; quemadmodum in praecedenti exemplo actionis furti vidimus, idem evenire Praetoriae qualitati: Excipitur etiam actio de effusis et dejectis, *l.* 5. §. 5. *de his, qui effud. vel dejec.* de servo corrupto *l.* 13. *pr. de serv. corrupt.* contra nautas, caupones, stabularios *l.* 7. §. *f. Naut. caup.* et si quae sint aliae. Atque haec natura Praetoriarum actionum durat etiam post Edictum perpetuum, qua de re Gipheo *ad pr. h. t.* Civiles, quae ex lege oriuntur, actiones poenales sunt perpetuae, quod videlicet non modo actionibus ex delicto, sed etiam civilibus, quas supra diximus, applicandum, *dd. ll.* praeter jam dicta. Denique, criminales accusationes XX. annorum praescriptione tolluntur, ** *l.* 12. *C. ad L. Cornel de fals.* Cujac. 4. *obs.* 14. Sand. 5. *Decis.* 9. *def.* 2. exceptis tribus, Adulterio, *l.* 29. §. 5. 6. 7. *ad L. Jul. de adult.* Peculatu, *l.* 7. *ad L. Jul. pecul.* et Scto Silaniano, *l.* 13 *de Sc. Silanian.*

4. De anno Praetoriis actionibus imposito repetendum heic, quod saepius dictum, esse vel utilem eum vel continuum. Annus continuus est qui statim incipit a tempore rei gestae et in quo cuncti dies naturales tam fasti quam nefasti computantur. Utilis contra, duplici quoque sensu dicitur, nempe quod ei dies, quibus nescivit actor, et dein, quod dies feriati sive nefasti eximantur: est enim utile tempus, quo quis scivit et potuit agere. *l.* 2. *pr. ff. Quis ordo in poss. serv.* Igitur tempus continuum etiam ignoranti cedit, *l.* 8. *de his, qui not. infam.* utile non nisi scienti, *d. l.* 2. *in pr.* denique tempus utile multo longius producitur; oportet enim impleri dies 365. tales, quibus agi possit, non feriatos. Ejusmodi dies sunt iterum duplicis conditionis; Quibusdam enim Praetor adiri poterat, etiam pro tribunali, quibusdam de plano saltem. Dies, quibus in tribunali sedebat, vocabantur dies sessionum, *d. l.* 2. §. 1 iidemque intelligendi in. *l.* 5. §. 19. *ut in posses. legat.* ubi vulgo legitur, possessionum. Hos non semper utiles esse, tradit Cujacius 2. *observ.* 18. scil. in hypothesi, ut puta, mihi et tibi non semper utiles sunt si rem, de qua experiundum erat, ignoramus: In universum dies sessionum semper et necessario, ni fallor, utiles sint oportet. Ex his apparet, rationem a Justiniano in *pr. h. t.* redditam, quare Praetoriis actionibus anni spatium praescribatur, non ita examussim congruere, ut cum jurisdictione cujusque praetoris annua, finitae fuerint actiones; Quippe Praetorem ut plurimum annum utilem in suis Edictis observasse, probatum est *supra ad tit. de injur.* §. *ult.* Nihil igitur amplius pro hac ratione dici potest, quam actiones Praetorias idcirco annales esse; quod Jurisdictio Praetoris olim anno terminabatur; nihil praeterea.

5. (d) Altera pars hujus tituli est de Actionibus ad heredes transitoriis, de quo §. 1. *h. t.* qua in re duplex consideratio est; prima, quaenam

(c) *Pos.* 7. *et seqq.* (d) *Pos.* 13. *et* 14.

* Atque huic annali praescriptioni, additamentum 6. septimanarum et 3. dierum in Saxonia haud accedit, Carpzov. *P.* 4. *C.* 46. *def.* 3. sicuti nec actionibus, quae biennio, (e g. actio doti) quinquennio (ut querela inofficiosi testamenti) similive temporali praescriptione tolluntur, vid. Carpzov. *P.* 2. *C.* 5. d. 4.

** Nec aliter regulariter in Saxonia obtinet, teste Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 141. n. 11. *seq.* De exceptionibus videbimus suo loco ad ff.

actiones dentur heredibus; Altera quaenam dentur in heredes. Heredibus regulariter omnes dantur actiones, tam poenales quam rei persecutoriae, exceptis quae ob vindictam personalem dantur, ut actio injuriarum §. *ult. supra de injur.* et revocatoria donationis ob ingratitudinem, *l. ult. C. de revoc. donat.* actio, quae datur adversus eum, qui parentem vel patronum sine venia in jus vocavit, *l.* 24. *de in jus. voc.* qui mortuum inferre prohibitus est, *l.* 9. *de Religios.* de calumniatoribus, *l.* 4. *de calumniat.* postremo querela inofficiosi testamenti, *l.* 8. *pr. de inoff. testam.* ut dict. *supra.* Actiones quoque populares negantur heredibus dari, quia non vertitur in illis id quod interest agentium. *l.* 5. §. 5. *de his, qui effud. vel dej.*

5. (e) Adversus heredes dantur omnes rei persecutoriae actiones, *h.* §. 1. nisi ex delicto sint, cujusmodi aliquae dantur, ut actio, qua res alienatae judicii mutandi causa revocantur, *l.* 4. *in fin.* cum *LL. seqq. D. de alien. jud. mut. caus. fact.* actio quae datur adversus mensorem, qui falsum modum dixit, *l.* 3. §. *pen. Si mens. fals. mod.* item quae datur in tutorem falsum quo auctore aliquid gestum est, *l.* 9. §. 1. *Quod fals. tut. auct.* rerum amotarum *l.* 21 §. *pen. de act Rer. amot.* Ratio cur hae, licet rei persecutoriae, in heredes non competant, est, quia ratio delictorum mere personalis est, in quibus heres defunctum non repraesentat. Tu dices; Condictio furtiva datur in heredes, *l.* 9. *D. de condict. furt.* et tamen ex delicto. Imo vero non ex delicto, neque ex furto, quia non est famosa; *l,* 36. *de O. et A.* cum furtum sit delictum inprimis famosum *l.* 1. *de his, qui not. infam.* proin dicendum, hanc actionem dari occasione furti, et quodammodo pendere de furto *d. l.* 36. non esse ex illo proprie; adde *l.* 10. §. 2. *de Compens.* Haec igitur ratio nobis probatur; idcirco actiones ex delicto, quae sunt rei persecutoriae non dari adversus heredem, quia maleficiorum haec est conditio, ut delinquentium personas non egrediantur. Alii sic ajunt; actiones illas rei persecutorias non dari in heredes. quoniam ex parte reorum sunt poenales, utcumque respectu actorum sint rei persecutoriae. Hanc distinctionem refutavimus *ad tit. de Action. ad pos.* 43. Sed omitti non debet objectio quae movetur una, forte et altera: Videmus in actione per quem factum erit, quominus quis in judicio sistat, poenam memorari, *l.* 1. §. 4. *de eo, per quem fact.* quam tamen actionem esse rei persecutoriam, docet *l.* 3. *in pr. eod. tit.* Enimvero poenam aliquo sensu dici posse, quando quis pecuniam ob aliquod factum, ex quo nihil lucri percepit aut percipere potest, praestare debet, facile concedi potest: uti sane commodatarius etiam, vel depositarius, qui damnum in rebus depositis aut commodatis per culpam dederunt, luitione illius damni poenam aliquam ferre videntur; neque tamen ideo poenale genus judicii, opposito sensu ad rei persecutionem, exinde formatur; siquidem actor nihil illis casibus, quam quod sibi abest, consequitur. Denique nec obstat, quod Imperator in *fin.* §. 9. *supra de L. Aquilia* scribit; *ejus L. actionem non transire in heredem, quae transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis aestimaretur.* Inde enim aliud nihil conficitur, quam actiones rei persecutorias adversus heredes competere; At hanc rationem satis liquet, ex eo quod plerumque fit, esse petitam: est sane regula, quod actiones rei persecutoriae transeant: limitatio tamen certissima est, in iis quae ex maleficio sunt, aliter esse comparatum. Caeterum, ex poenalibus nulla adversus heredem datur, nisi quatenus ad eos pervenit, §. 1. *h.* ubi et exceptio memoratur, qua, ne ex contractu quidem Actio in heredem datur: scil. cum defunctus dolose in eo versatus est, quae tamen exceptio restringi debet ad unicum depositi miserabilis casum. *l.* 1. §. 1. *et l.* 7. §. 1. *depos.* Vinn. et Vultej. *h.* Alioqui certum est, Actiones ex contractu, licet dolus intervenerit, dari adversus heredes, *l.* 12. *de oblig. et act. l.* 157. §. *ult. D. de Reg. Juris.* Quod si litis contestatio in poenalibus sit facta, * nihil est dubii, quin hoc judicium transeat in heredes, §. 1. *h. t. l.* 26. *et l.* 58. *de O. et A. l.* 139. *et l.* 164. *de R. J.* quatenus per litis contestationem fit novatio et quasi contractus initur, *l.* 3. §. 11. *de pecul.* unde fit, ut judicati actio semper in heredem transeat. *l.* 6. §. *ult.* de *Re Judic.* Reliqui litis contestatae effectus alibi tradentur: dumtaxat heic notetur, actionem lite contestata omissam, eis. 40. annos posse instaurari. *l. ult. C. de Praesc.* 30. *vel* 40. *annor.*

6. (f) In §. *ult.* est Regula, quod cuncta Judicia sint absolutoria, hoc est, quod reus

(e) *Pos.* 15. *et seqq.* (f) *Pos.* 19.

* Jure Saxonico solam citationem efficere, ut actio injuriarum in heredes detur, existimat Schilter. *ad t. h. t. th.* 6. sed contrarium rectius cum Carpzov. asseritur *P.* 4. *C.* 46. *d.* 6. siquidem citatio praescriptionem quidem interrumpit sed litis contestatio demum operatur, ut actio ex delicto adversus heredes locum habeat. Unde *O. P. S. T.* 6. §. *f.* causis injuriarum reconventionem patitur institui, et usque ad litis contestationem in ea procedi, ut lis tam perpetuetur, quam actio heredibus datur et adversus heredes, ceu bene monet Zigler. *ad d. Tit. verb.* Bis. auf. die *Litis-Contestation. p.* 46. Usum modernum ex noviori Jure Sax. recensuimus *ad tit. Inst. d. Injur.*

absolvatur, si ante sententiam Actori satisfecerit; proinde, quod non modo non condemnetur, sed etiam quod sententia lata judex eum absolvere debeat, ut Theoph. recte interpretatur. Nam quod in *l.* 23. *de Judic.* habetur, non posse videri in judicium venisse, quod post judicium acceptum accidisset, id a parte actoris ita, a parte rei nequaquam intelligendum est. Usum id maxime habet in judiciis famosis, ad evitandam ignominiam; imo in nonnullis, ad evitandos sumptus majores in causa desperata. Non est tamen sententia absolutoria ejusmodi, qua judex declarat, Reum plane non teneri, sed eum dimitti atque liberatum esse: sic enim Theoph. ἔξεστι τῷ δικαστῇ πρὸ καταδίκης εὐγνωμονοῦντα τὸν ῥέον ἀφεῖναι τῆς ἀγωγῆς. *Licet judici Reum ante condemnationem resipiscentem ab actione liberare*, cum hoc scil. effectu, ut exceptionem rei judicatae adipiscatur. *vid. l.* 1. *de re Judic.*

TIT. XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

TIT. XIV.

DE REPLICATIONIBUS.

I. Continuatio. II. De nominibus exceptionum. III. Definitio. IV. Exemplum exceptionis quod metus causa. V. Doli et in factum. VI. Non numeratae pecuniae. VII. Exceptio pacti. VIII. Jurisjurandi. IX. Exceptio rei judicatae. X. De effectu exceptionum. XI. Divisio prima. XII. Altera, in peremptorias et dilatorias, et de illis in specie. XIII. Dilatoriae exponuntur. XIV. De tempore opponendi exceptiones. XV. Exceptio procuratoria. XVI. De replicationibus. XVII. Exceptiones esse reales vel personales.

(a) Satis prolixe de jure Actorum titulis praecedentibus actum est. Jus Reorum, quod in exceptionibus consistit; uno alteroque titulo aat brevibus absolvitur. Non quod minus causa Reorum sit favorabilis; id enim contra sese habet, *l.* 125. *de R. J.* verum, quod actionibus expositis, exceptionem natura satis ultro patere videbatur, ex doctrina correlatorum: saltem hoc capite nonnulla exceptionibus peculiaria et aliquot ad illustrandum exempla proferuntur. Scilicet Actionem petitionemque sequitur responsio rei et sic litis contestatio, nam haec absolvitur narratione actoris et contradictione rei, *l.* 14. §. 1. *C. de Judic.* sive narratione negotii ab utroque facta, *l. un. C. de litis cont.* narratione et responsione. *l.* 2. *in pr. C. de jurejur. propt. cal.* Responsio est vel affirmativa vel negativa, ut communiter tradunt. Sichard. *ad d. t. C. de litis contest. ad pr. n.* 5. *et ad l. un. n.* 2. Illa, cum Reus causam debiti fatetur, non tamen ad solvendum se teneri contendit; nam si realiter solvat, litis contestatio praeciditur, *l.* 73. *de Procurat.* idem est, si constituere velit in judicio se ad breve soluturum, *l.* 105. *de solut.* idque fit *omni die.* Proinde, qui debere se fatetur dumtaxat, et χρηστφύγετα quaerit opponendo se, is quoque litem contestatur et damnandus est. *l.* 3. *et l.* 6. §. *f. de Confess.* Sichard. *d. loc.* Qui petitioni se opponit, is vel contendit ipso jure se non teneri, (*) vel aequitatis intuitu non esse damnandum, et hujusmodi posterior responsio vocatur Exceptio. *pr. h. t.* §. 1. *et seqq.*

SCHOLIUM.

(*) *Ambigue hoc dicitur. Nam et ille contendit ipso jure se non teneri, qui negat intentionem actoris simpliciter, et ille, qui opponit exceptionem actionis non competentis. Priorem explicationem hic forte in mente habuit Autor. Nam qui posteriori modo dicit se non teneri, litem non contestatur, per Posit.* 9.

RESPONSIO.

Quaenam est illa exceptio actionis non competentis? Mihi non est nota talis exceptio generalis; sed qui dicit actionem non competere, vel respicit nullitatem, vel rationem quamdam aequitatis aut dilationis, quae tunc incidit in aliquod nomen exceptionis peremptoriae vel dilatoriae.

N. ADDIT.

Primo integranda omnia. Praecesserat hoc Scholium illud. Quae hic usque ad n. 13. sequuntur, paululum obscuriora sunt, adde *not.*

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

ad Strauch. XXIII. 16. *p.* 336. moribus nostris, quid requiratur ad litis contestationem, vide *in Ord. Proc. Sax. tit.* 16. *Et quia igitur illos numeros hic omisit Autor in textum collocare, adeoque istam objectionem agnovit, et vero Scholium excerptum respicit ad illa omissa, non habebit Lector intellectum disputationis, nisi textus Autoris ex istis positionibus sic continuetur cum Scholiis meis illi subjunctis. Ita vero continuandum: Positio* (6) *Tam hoc quam priore modo fit contradictio, proinde et litis contestatio utraque via perpetratur.* arg. d. l. 14. §. 1. et d. l. un. (7) *Si reus, inquam, contendat se propter illud medium aequitatis non esse damnandum, vel saltem adhuc non, hujusmodi exceptio facit litis contestationem*, arg. d. pr. et d. ll. l. 112. de R. J. *nec dissentit Pontifex* (c) in cap. 1. et 2. de lit. contest. in 6. *ubi proponentes exceptionem peremptoriam, debere litem contestari docet.*

(c) Imo puto dissentire, et dissensum hunc Pontificis a Jure civili agnoscit etiam Wissenb. *ad tit. C. de litis Contest. p.* 368.

(8) *Unde talis exceptio semper usque ad sententiam opponi potest*, l. 2. C. sent. rescin. non l. 8. C. de Except *ubi et* contestari *dicitur et hujusmodi exceptiones promiscue defensiones vocantur.* d. pr. h. d. l. 4. (9) *At exceptiones per quas aliquis non defendit suam causam, sed ait se non teneri ad litigandum cum actore, non faciunt litis contestationem, sed eam excludunt.* l. 13. et l. 14. C. de Procurat. d. cap. 1. de litis cont. in 6. (10) *Scimus hanc rem paulo aliter a veteribus accipi, et subtiliter qui opponit exceptionem, eum litem non contestari, ut docent Tuldenus et Perczius* ad tit. C. de lit. contest. (11) *Sed positiones a nobis collocatae sunt simpliciores, insuper cum verbis LL. et mente Doctorum, notissimaque praxi* (d) *conveniunt, ideoque in iis acquiescimus. Diversa explicatio involutior et inutilior est.*

(d) Sed quoad praxin nostram, exceptionum oppositio pro litis contestatione non habetur. *Conf. not. ad Stranch.* XXIII. 16. *p.* 336.

(12) *Hinc etiam in foro et lite instruenda, verbum* excipiendi *non usurpatur, nisi de mediis, quae ad judicium vel ad personas judicium constituentes, formamve processus spectant, qui exceptionem causam ferientem opponit, sub verbo* excipiendi *male procedit; nam litera contestari debet.* d. tit. de litis cont. in 6. C. ult. *Excipit Pontifex in d. c.* 1. *exceptionem rei judicatae et transactionis. Hactenus textus Autoris. Ex his vero patet, Scholium, prout hic excerptum est, nullum habere intellectum, si omittatur ille contextas. Id enim oppositum a me est illi assertioni, quod Autor dixit in sequente contextu, etiam eum, qui intendit ipso jure se non teneri, litem contestari eo ipso. Ad hoc vero nihil respondetur. Etiamsi enim non sit nota Autori exceptio generalis actionis non competentis,* (*quae vero in nostris foris est quotidiana*) *tamen manet objectio nostra, quod nec per speciales* v. g. *solutionis, compensationis, praescriptionis etc. fiat litis contestatio.*

2. Nomen exceptionis est ab excipiendo. Nam excipere actionem dicitur Reus in *l.* 22. *de judic. l.* 13. *de Noxal. action.* quando suscipit judicium sive actionem, ut loquitur *l.* 21. *in fin. de Pecul.* Est et alia vocis ἐτυμολογία, ut exceptiones ita dictae videantur, quod olim a Praetore in formulis, quae Judicibus pedaneis praescribebantur, per verbum, *nisi*, *extra*, *quam*, et crebro per *si*, quae sunt excipiendi propriae, solebant proponi *l.* 2. §. 1. *l.* 4. §. 15. *et* §. 32. *et sequ. de doli mali et met. except.* unde et hoc patet, quamobrem Paulus in *l.* 22. *de except.* genus exceptionis faciat conditionem. Frequenter etiam Exceptiones vocantur praescriptiones, ut praescriptio doli mali in *l.* 91. *de Solut.* Fori praescriptio, *l.* 7. *Qui satisd. cog.* φόρου παραγραφὴν vocat Justinianus in *Nov.* 8. ubi *Praescribere* simpliciter pro *Excipere*: nec aliter unquam Graeci JCti quam παραγραφὰς vocant exceptiones; quod ab Latinis vocabulum, ut reliquos Artis νομικῆς terminos, habere videbantur; nisi jam veteres Graeci ita fuissent locuti. Demosthenes ad Pantaenet. Παρεγραψάμην, μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι δίκην. *Praescribebam, litem non posse introduci*; ubi, παρεγραψάμην, *praescribebam*, nihil esse potest aliud, quam *excipiebam*, ut et Budaeus in voce παραγράφεσθαι. Nisi hoc malis vertere, *transcribere.* Ratio appellationis tam apud Romanos quam Graecos, optime reddi videtur a Quintiliano, qui *lib.* 3. *Instit. In omnibus fere causis*, inquit, *in quibus cecidisse quis formula dicitur, hae sunt quaestiones, an cum hoc, an hac Lege, an hoc tempore liceat agere, et si qua sunt talia, sed personae, tempora, actiones, caeteraque, propter aliquam causam transferuntur.* Lis perperam instituta in aliud tempus; per annam, aut genus actionis transferebatur, et hoc est Graece παραγράφεσθαι, *transcribi.* Cicero 2. *Rhetor. At cum causa ex eo pendet, quod non is agere videtur, quem oportet, aut non cum eo, quicum oportet, aut non apud quos, quo tempore, qua lege, quo*

crimine, qua poena oportet, translativa dicitur constitutio; quia actio translationis et commutationis indigere videtur. Quae, effectu considerato, dicitur transcriptio et translatio, haec quoad modum opponendi *praescriptio* appellatur.

3. (b) Deinceps quid sit exceptio, videndum. Est nihil est aliud, quam actionis summo jure competentis exclusio, ut vel omnino evitetur, vel imminuatur condemnatio. *l. 2. pr. et l. 22. h. t.* Praesupponit igitur omnis exceptio actionem ipso jure competentem; ut Theophilus optime expressit, cum exceptionem scribit esse, *δικαιολογίαν κατ᾽ ἀγωγῆς ἐῤῥωμένης μὲν τῷ νόμῳ, ἄδικον δὲ τῇ φύσει προβαλλομένης ἰσχύν, defensionem adversus actionem lege quidem subnixam, sed aequitati naturali contrariam.* Fundamentum omnis exceptionis est Æquitas, quae non patitur ob merita circumstantiarum, ut jus, ita ut scriptum est, huic vel illi facto applicetur: idcirco in definitione jus summum collocavimus, quod, si mordicus urgeatur, est iniquum jus. Igitur sublata ipso jure actione, alleganda quidem subinde ratio, cur reus non teneatur, sed illa minime est exceptio, verum allegatio facti dumtaxat, ut si ille, qui solvit, denuo a Creditore conventus, se solvisse respondeat: vulgo exceptiones facti vocantur ejusmodi allegationes, improprie; quanquam et juris auctores exceptionis vocabulum aliquando, et ubi nulla competit actio, usurpant. *l. pen. de except.*

4. (c) Praecipuum quod in *hoc tit.* agit Justinianus, est communicatio aliquot verarum exceptionum, quae celebriores et frequentiores videbantur, ut earum declaratione vis excipiendi melius perciperetur. Prima est Exceptio quod metus causa, quae datur ei, qui metu coactus aliquid promisit; Etenim ipso jure tenetur, sed ex edicto Praetoris habet exceptionem quod metus causa. *l. 1. et tot. Tit. D. quod met. caus.* Dicitur quidem esse nullius momenti quod metu gestum est., *l. 22. Quod met. caus.* sed hoc eventu inspecto intelligendum; sic vicissim quae ipso jure nulla sunt, aliquando rescindi dicuntur, ut exemplo patet in *l. 5. §. 2. D. Qui et a quib. manum.* Caeterum, dari quoque actionem Quod metus causa, pridem intellectum est, positis scilicet terminis habilibus. Exceptio metus datur, ut omnes reliquae, ex aequitate naturali; quatenus ratio non vult, ut hi, qui metum fecerunt, exinde lucrum capiant, *l. 116. de R. J.* alioquin obligatio ex promissione, licet metu extorta, nascitur; si quidem aliter actio inde non daretur, non opus esset exceptione vel restitutione in integrum, quam Praetor in *d. l. 1. Quod. met. c.* pollicetur. Imo et jus naturale id ipsum velle videtur; actus enim, qui per vim metumque contrahuntur, fiunt *μετὰ προαιρέσεως, cum praevia deliberatione et electione*, ideoque sunt voluntarii: dicuntur quidem mixti, tam voluntarii quam involuntarii, propter vim adhibitam atque compulsionem, sine qua is qui coactus agit, non egisset: attamen cum is, qui se compelli passus est, in arbitrio habuerit, utrum agere an expectare periculum mallet, apparet hoc, quod est actum, magis esse voluntarium quam coactum. Ita Aristot. *lib. 3. Ethic. c. 1. μικταὶ μὲν οὖν αἱ τοιαῦται πράξεις*, inquit, *ἐοίκασι δὲ μᾶλλον ἑκουσίοις. αἱρεταὶ γάρ εἰσι τότε, ὅτε πράττονται. Mixtae quidem sunt hae actiones*, inquit, *magis autem voluntariis adsimilantur: Quo enim tempore fiunt, electivae sunt.* Unde sequitur, ejusmodi obligationes naturaliter valere: sed est etiam in ipso jure Naturae quaedam aequitatis species a jure distincta, si modo bene explicetur: Jus summum Naturae, propter actum voluntatis obligationi adhibitum, valere dictat id quod actum est; Idem ob evidentem aequitatem non patitur obligationem habere effectum. Etenim ille, qui metum intulit injustum, quia damnum injuria dedit, tenetur ad eum qui obligatus est, si promisso stare nolit, a qualicumque vinculo liberandum, ut docet Grotius *lib. 2. de J. B. et P. c. 11. n. 7.* (1) Imo generaliter loquendo jus civile efficacius improbat ea quae vi illicita fiunt, quam Lex Naturae; habemus enim constitutum, ea quae cum bonis moribus et cum legibus pugnant, esse ipso jure nulla. *l. 5. C. de LL.* Quare cum Nuptiae contractus non sint, (hi rescinduntur Edicto) dicendum, eas per vim contractas ipso jure nullas esse, non tantum jure canonico, *C. significat. X de eo qui dux. matrim. c. 14. et 15. de sponsal.* sed etiam jure Civili, *l. 14. C. de Nupt. et l. 22. de rit. Nupt.* ubi, *matrimonium inter invitos non contrahitur*: quin et dotis promissio metu facta, ut appendix conjugii, non videtur rescindi, ut reliqui contractus, sed ipso jure nulla esse. *l 21. §. 3. Quod met. c.* Testamenta similiter per vim facta, celebrata, ipso jure nihil valent, nec opus est rescindendi

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4. 8. *et* 9.

(1) *Haec JCtorum, quos secutus est Grotius, philosophia, merito displicet Sam. De Puffendorf.* de J. N. et G. lib. 3. c. 6. §. 10. *Qui recte contendit, promissum, metu injusto extortum, jure naturae esse nullum, eo quod extorquens omni acceptandi jure destituatur. Et haec sententia placuit quoque Viro Clariss. Jo. Gottlieb. Hineccio in praelect. ad Grot. de I. B. et P.* lib. 2. cap. 11. §. 7.

remediis. *l.* 20. §. *fin. Qui testam. facere poss.* Caetera, quae ad metum et ad exceptionem, actionemque inde oriundam pertinent, ad *tit. ff. Quod met. c.* videbimus.

5. *Alterum* Exemplum est de dolo. Quid sit dolus in genere diximus *supra ad tit. de susp. Tutor. n.* 6. sed hoc loco dolus nihil est aliud quam calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita; sic enim finitur *in l.* 1. §. 2. *de dol. mal.* quam definitionem ineptiae nota liberavimus *lib.* 3. *Digress. c. penult.* Igitur qui dolo deceptus semet obligavit, ipso quidem jure tenetur, sed ob eamdem aequitatis rationem, quae supra, juvatur exceptione, ne ad solvendum compelli possit. §. 1. *h. t. l.* 36. *de V. O. l.* 5. *et tot. tit. de doli mali et met. except.* Enimvero, si dolus causam dederit contractui bonae fidei, hoc est, si fraude quis sit inductus ad contrahendum, qui alioqui contrahere nolebat, tunc ipso jure nulla est actio. *l.* 1. *in pr. D. de dolo malo. l.* 3. §. *ult. pro soc.* alioqui datur exceptio, veluti in contractibus stricti juris semper; etiam in his, qui sunt bonae fidei, quoties dolus fuit incidens, hoc est, cum is qui animum contrahendi habebat, in hoc est deceptus, ut deterius contraheret. *l.* 7. *et tit. de dol. mal et tit. de doli mali et met. except.* (2) Ratio autem quare dolus aliquando contractus ipso jure nullos faciat, ex eadem philosophia, quae supra, petenda est: Nam metus non facit actus invitos, dolus facit: Est enim *invitum* duplex, per vim et per ignorantiam. Per vim invitum est, οὗ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν, *cujus principium est extra agentem, ut nihil is qui agit aut patitur, adjumenti adferat,* velut si alius robustior te, arrepta manu mea, pulset; tale invitum in contractibus non habet usum. Alteram inviti speciem constituit error et ignorantia τῶν καθ' ἕκαστα. ἐν οἷς καὶ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις, *ignorantia singulorum, in quibus et circa quae negotium vertitur,* ait Arist. *d. lib.* 3. *ad Nicom. c.* 1. In hunc errorem deducuntur, qui dolo decipiuntur, ideoque mirum non est actum ex ea causa redigi ad nullitatem. Reliqua de dolo ad Pandectas explicabuntur. Unum adhuc hujus loci superest; Exceptioni de dolo succenturiatur exceptio in factum: Quid sit actio in factum, diximus ad §. *ult. supr. de L. Aquil.* unde colligi potest, quem usum exceptio in factum habeat: deficiente scilicet ordinaria exceptione, recurritur ad hanc in factum, exigente ita diversitate circumstantiarum. Ita quando dignitas personarum et reverentia, quam debet pars circumventa ei a quo laesa est, tum parci solet doli mali probrosae mentioni, et in factum exceptio dictatur; quae decepto eumdem praestat effectum indemnitatis. Exempla sunt in *l.* 11. *de dolo malo.*

6. *Tertium* Exemplum traditur hic, Exceptio non numeratae pecuniae, quae datur ei, qui vel in chirographo scripsit, vel stipulanti promisit, se pecuniam quasi mutuo acceptam restituturum, quam tamen non accepit, §. 2. *h. tit* de qua plenius dictum in *tit. de liter. obligat.* Hoc tamen indictum, adeo efficaciter hanc exceptionem dari, ut, tametsi juramentum chirographo sit adjectum, nihilo magis haec exceptio perimitur. *l. ult. C. de non numer. pec.* Quid si renunciaverit huic exceptioni? Dubitatur quid juris sit. Haud abs re est, quod nostris Frisiae δικασπόλοις placuit, effectum renunciationis hunc esse, ut onus probandi in scribentem atque renunciantem devolvatur. * Sandius *lib.* 3. *tit.* 2. *def.* 1. Denique et hoc notandum, si scriptor chirographi improbe suam manum negaverit, convictum deinde ad probationem solutionis regredi non posse, verum hac allegatione insuper habita, omnimodo esse condemnandum; imo et duplum exigitur, nisi juramento delato exterritus atque confessus fuerit. *Nov.* 18. *c.* 8. †. Quod igitur *in l* 26. §. *ult. de Jurejur.* habetur, juramentum videri esse novationis speciem, hoc improprie intelligendum est, ratione probationis, non respectu ipsius obligationis; diximus hac de re plenius ad *tit. Quib. mod. toll. oblig. n.* 6. Theophilus rationem reddens, quare pactum non tollat obligationem, στρίκταν οὖσαν τὴν ἀγωγήν, *cum sit;* inquit, *stricti juris actio,* quasi in bonae fidei judiciis aliter se res haberet; quod tamen nusquam liquet: Hoc tantum intelleximus ad *d. tit Quib. mod. toll. oblig.* ipso jure paolo modo tolli obligationes, quae solo consensu perficiuntur, dum res adhuc est integra: aliud erat, quod diximus, exceptiones ipso jure inesse bonae fidei judiciis, qua de re actum *supra ad*

(2) *Dicerem, hanc distinctionem doli dantis causam contractui et incidentis in contractum, JCtis nostris incognitam fuisse. Sed locus occurret ad Pandectas titulo propria.*

* Apud Nos juris Civilis dispositio attenditur, adeoque renunciatio exceptionis non numeratae pecuniae nihil operatur *a. l. f. C. non num. pec.* Et quamvis Carpzov. *P.* 1. *C.* 32. *d.* 67. n. 9. Hartm. Pist. *l.* 4. *qu.* 12. *n.* 6. et Coler. *de Process. Exec. p.* 1. *c.* 10. *n.* 250. *seq.* juratam renunciationem, exceptionem non numeratae pecuniae plane excludere existiment, contrarium tamen rectius defenditur cum Schiltero ad *ff. Ex.* 22. § 23. vid. Menck. *Controv. Jur. Civil. Disp.* 4. *th.* 18 Caeterum quatenus exceptio non numeratae pecuniae instrumentis liquidis apud nos opponi queat, monitum est supra.

† Haec Novella, et quae inde desumpta est, Authentica *Contra C. de N. N. P.* qua scripturam suam abnegans, vel numerationem inficiatus, deinde convictus, in duplum condemnatur, Jure judiciario novissimo expressim recepta est. *O. P.* 6. *E. I. et E. Tit. XVI.* §. 3.

§. 30. *de Action.* Stipulationis major est efficacia, ut ipso jure tollat obligationem verborum, quemadmodum ad *d. tit.* de Acceptilatione intelleximus.

7. *Quartum*: Qui pactus est a Creditore, ne petat, is adhuc manet obligatus, sed habet exceptionem Pacti. §. 3. *h. t.* Nam pactum nudum, uti non parit, ita nec tollit ipso jure obligationem, * *l.* 27. §. 2. *de Pact.* nisi ex solo consensu oriatur. §. *ult. supra. Quib. mod. toll. oblig.*

8. *Quintum:* Qui juravit, adversario deferente, se non debere, tametsi jurasse sufficiat ut exigi nequeat, tamen ipso jure tenet obligatio prior, quae exceptione jurisjurandi eliditur. Disputata fuit haec quaestio fuse ad *tit. de action. ad pos.* 31. quam mutare sententiam religio est, quanquam video a recentioribus fere in alia omnia concedi. Donell. *ad d.* §. 11. *de action.* Vultej. *discept. scholast. c.* 7. Bachov. *ad d.* §. 11. *disp. de Action.* 8. *th.* 4. Difficile tamen est aliter docere quam intelligas. Non repetam, quae dicta sunt pridem, nisi quod est hujus loci; non esse novationem Jusjurandum, quia per exceptionem tollit obligationem, quae consecutio argumenti ex iis quae *d. loco et ad tit. Quib. mod. toll. oblig.* collocata sunt, firmatur. Theophilus ad hunc §. 4. *ἐχρεώστει τις ἐμοὶ ρ΄ νομίσματα, ἀπῄτουν αὐτὸν τὸ χρέος, ἠρνεῖτο ἐκεῖνος τὸ ὀφείλειν, ὅρκον αὐτῷ ἐπήγαγον, ὤμοσεν, ὡς οὐδὲν χρεωστεῖ· οὐδὲν ἧττον ἔρρωταί μοι ἡ κονδικτίτιος, ὥσπερ γὰρ τὸ πάκτον, οὕτω καὶ ὁ ὅρκος οὐ διαλύει τὴν ἀγωγήν. Erat qui mihi centum debebat, quae cum ab eo peterem et ille debitum abnegaret, juramentum ei detuli; negavit se debere; nihilo secus condictio mihi firma manet. Sicut enim pactum, ita jusjurandum actionem non tollit.* Est haec paraphrasis ejus quod Justinianus ipse ait; *si debitor creditore deferente juraverit se nihil dare oportere adhuc obligatus manet;* adeoque eadem juramenti, quae pacti, doli, metus, est, ratio, quibus non tolli actionem priorem superius est dictum. Hactenus enim pertendimus, jusjurandum non tollere praecedentem actionem, sed eam adhucdum superesse et institui posse cum mentione jusjurandi. Caeterum, an actio jurisjurandi non etiam ut nova institui possit, in medio relinquemus; modo id certo constet, actorem nec minus, neque plus, quam priori actione consequi. Vid. *l.* 11. §. 1. *et l. ult. de jurej.* D. Vinn. *ad. d.* §. 11. *de action. n.* 2. Eo maxime pertinet, quod non modo exceptio, ut in hoc §. 4. traditur, sed et actio jusjurandi competit, ubi de in rem actione tractatur, *d. l.* 11. §. 1. nam illic in factum actio contra possessorem dari dicitur, quae personalis esse videtur; eadem tamen utilis, in Rem scilicet, vocatur §. *ult. d. l.* 11. Unde hoc colligi posse videtur, eum qui juravit, posse vel ipsam in Rem actionem cum nova qualitate jusjurandi (unde utilis) instituere; vel personalem in factum inhaerentem vestigiis, iisdemque praeditam qualitatibus, quibus prior in Rem actio; nisi quod adversus eum solum, qui jusjurandum detulit, exerceatur. adde Vinn. *d. loco.*

Placet unum adhuc omissum ad *tit. de action.* addi; deturne exceptio, proinde et actio Jurisjurandi, ex ejusmodi juramento, quod in judicio delatum, sententia dein lata vim rei judicatae accepit. Est hoc videlicet duplex, aut enim partes sibi invicem hoc deferunt, aut judex ob inopiam probationum id alterutri litigantium defert. Quod attinet ad hoc postremum, inde non dari actionem vel exceptionem jusjurandi, sed rei tantum judicatae, satis indicat Justinianus in §. 11. *supra de action.* ubi de jurejurando, quod postulante adversario praestitum est, diserte loquitur, idque et Vinnius Donello concedit *ad d.* §. 11. *n.* 3. sed ex altera specie, quando pars parti detulit juramentum, etsi mox sententia secuta sit, dari censet eamdem in factum actionem et exceptionem, quae est ordinaris jusjurandi. Sed res docet exigui vel nullius id esse usus, siquidem actio et exceptio rei judicatae, quae tum sine dubio competit, *l.* 34 §. *ult. de Jurejur.* hanc de jurejurando plane reddit superfluam; neque textuum a Vinnio adductorum vel unus probat, eo casu hanc exerceri. Unde relinquitur, usum hujus exceptionis actionisque esse, quando vel extra Judicium et ante litem contestatam ex conventione partium juratur, aut etiam in Judicio, verum non secuta sententia, si is, qui juravit, hanc ut sibi non necessariam urgere supersederit: enimvero etiam in judicio praestitum facere locum actioni et exceptioni Praetoriae, satis probant *l.* 3. *pr. et* §. 1. *l.* 9. §. *ult. et l.* 30. §. 3. *de jurejur.* Si quid tamen in exceptione Jurisjur. sit praecipui, forte ne haec ipsa quidem rejicienda erit. *arg. l.* 25. *de dol.*

Necdum dimitti potest *hic* §. 4. Ait Justinianus, *si debitor creditore deferente juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de perjurio queri, defenditur per exceptionem jusjurandi.* Quid hoc autem verbi videtur? *iniquum est de*

* Jure nostro, imo communi fere Germanorum, uti pacto constitui potest obligatio, cum condictio ex moribus inde nascatur, Struv. *S. J. C. Ex. c. th.* 32. ita etiam quaelibet obligatio pacto nudo dissolvi potest, Stryck *de Caut. Contr. Sect.* 4. *cap.* 3. §. 2.

perjurio queri. Imo iniquum est non admittere de perjurio querelam. Jus et aequitas flagitat, ut is, cujus perjurium approbari potest, non modo repellatur ab iniqua petitione, sed etiam puniatur. Respondendum, conventionale jusjurandum, quod pars parti defert, habere se instar transactionis et conditionis; hoc sensu, quod is qui detulit adversario jurandi arbitrium, inde litem suspendisse videatur; ut si juraverit, ipse vincat, alioquin ego superior evadam *l.* 2. *et l.* 25. *de jurejur.* Inprimis idem probatur ex *l.* 21. *de dol. mal.* Quod *si deferente me juraveris et absolutus sis, posteà perjurium fuerit approbatum, Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jursjurandum transactum videri.* Caeterum, ne quis contemptu religionis id fieri putet, additur in *l.* 22. *sufficere perjurii poenam*; quae cujusmodi sit, alibi quaerendum est: Theophilus tamen commodius pro his verbis, *iniquum erat de perjurio queri*, substituit, *ἄτοπόν ἐστι κινοῦντα ἐλέγχειν αὐτοῦ τὴν ἐπιορκίαν Absurdum, vel abs re est, perjurii illum arguere.* Generalius enim est *τὸ ἄτοπον.*

9. (d) Denique nec is qui sententia Judicis absolvitur, ab obligatione liber est. nusquam enim obligatio per sententiam finiri dicitur, sed exceptione Rei judicatae tueri se debet; quae ut opponi possit, requiritur, ut eadem res inter easdem personas ex eadem causa agitetur, *l.* 2. *et l.* 12. cum *seqq. D. de Except. Rei Judicatae.* Quod dixi de obligatione, cum Justiniano in §. 5. *h. t.* de actionibus in personam accipiendum; tametsi exceptio rei judicatae in actionibus in rem aeque obtineat. Ideo prudenter Theoph. verba, *obligatio durat*, reddit, *αἱ ἀγωγαὶ μένουσι, actiones durant.* Caeterum, est casus, quo ipso jure per sententiam tollitur actio, in *l.* 20. §. 1. *de dol. mal.* Cujac. 22. *ob serv.* 15. Wissenb. *disp. Inst.* 50. *th.* 11. Reliqua ad hanc exceptionem actionemque Rei judicatae videbimus ad Pandectas.

10. Quod ad reliqua attinet exempla, remittit nos Imperator ad Pandectas. §. 6. *h.* In universum de exceptionibus tenendum, quod ad effectum attinet, parum interesse, utrum actio sit ipso jure nulla, an per exceptionem elidatur; quod ad definitionem exceptionis intelligendam pertinet, ut ait *l.* 110. *de R. J.* idque tum maximo elucet, quando Praetor inde ab initio perspectum habet exceptionem peremptoriam vero competere; tunc enim litis ingressum statim praecidit, actionemque denegat: ita ut exceptioni tum demum sit locus, quando controversia est, sive quando ambigitur, an factum exceptionis, ut reus ait, ita sese habeat; quemadmodum de jurejurando scriptum in *l.* 9. *pr. de Jurejur.* Cum enim Praetor exceptiones ita solitus sit inserere formulis; *si juratum est, si in ea re dolo malo quid factum est, l.* 2. §. 1. *de dol. mali et met. except.* absurdum fuisset ejusmodi conditionibus intricare judicia, ubi palam constaret, esse indubitatas. Proinde, si hoc sensu Dd. quatuor exceptiones volunt esse litis finitae, jurisjurandi, Transactionis, Rei Judicatae et Praescriptionis; faciendum est, ut earum augeamus numerum, totidemque ejus generis faciamus, quot sunt exceptiones peremptoriae, ut quidem videtur. *

11 (e) Divisio prima est, in Civiles et Praetorias. §. 7. Sunt autem praetoriae omnes supra expositae, praeter exceptionem non numeratae pecuniae, quae oritur ex Constitutionibus. *tit. C. de non num. pec.* Civiles autem sunt exceptio SCti Vellej. Macedoniani, praescripsionum legalium etc.

12. (f) Secunda Divisio Exceptionum est in peremptorias et dilatorias. §. 8. Peremptoriae sunt, quae causam perimunt et semper agentibus obstant, veluti omnes antea enumeratae. Peremptoriae omnes sunt perpetuae, scil. ubi semel in Judicio fuerint oppositae, tunc enim semper prosunt. Etiam alio sensu sunt perpetuae, scilicet quod semper opponi queant, tametsi actiones, quibus exceptiones illae respondent, sint temporales: Ratio non est obscura: etenim actor semper habet in potestate quando litem inferre velit, non aeque reus quo tempore conveniri velit. *l.* 5. §. *ult. de doli mali, et met except.* Tamen secundum hunc sensum excipitur non numeratae pecuniae exceptio, quae eis biennium dumtaxat opponi poteat, alioquin et hanc esse peremptoriam, nec non priore sensu perpetuam, res et effectus exceptionis oppositae evidenter declarant. §. 9. *h.*

13. (g) Dilatoriae sive temporales sunt, quae differunt actionem et solummodo ad tempus obstant. Hae rursus dividuntur, quod vel causam spectant, vel Judicium, vel personas Judicium constituentes. *Causam*, ut est exceptio pacti

(d) *Pos.* 11. (e) *Pos.* 4. 5. (f) *Pos.* 6. (g) *Pos.* 12. 13. 14. 15.

* Apud nos quoque omnis exceptio peremptoria litis ingressum impediens dici potest, si in continenti ex actis, documentis guarentigiatis, aut adversarii confessione, de earum veritate constet, *O. P. S. t.* 11. §. *Es waren denn dergleichen* Exceptiones. Unde exceptionum compensationis, solutionis, pacti de non petendo, non competentis actionis etc. eadem, ac exceptionum jurisjurandi, transactionis, rei judicatae, et praescriptionis, erit in praxi virtus. Menck. *Disput. ad Proc.* 7. *tit. XI.* §. 15.

de non solvendo intra certum tempus, exceptio excussionis sive ordinis, quae datur fidejussori; quanquam et illa peremptoria est, si debitor principalis solvendo sit, unde anomaliam aliqui dicunt: simpliciter dilatoriam vocant Fachin. *l.* 8. *controv. c.* 52 A. Fab. *Cod. h. t. defin.* 1. peremptoriam simpliciter, Tolden. ad *h. t. c.* 6. Vinn, *ad* §. 10. *h. n.* 2. Item exceptio moratoria, quam princeps debitoribus aliquando indulget. *l.* 2. *et l.* 4. *C. de precib. Imp. off.* ad *Judicium* spectant exceptio fori declinatoria, loci non tuti, *cap.* 47. *X. de appellat.* feriarum, termini nimis angusti, *t. t. D. et C. de fer. Auth. offeratur. C. de lit. contest.* litis pendentis. c. 19. *X. de form. comp.* Troutl. *disp. de Except. th.* 2. *et seqq. Ad Personas*, ut Exceptio quod quis non habet legitimam personam standi in judicio, Procuratoris falsi, Judicis suspecti, et similium §. 11. *h.*

14. (h) Opponi autem possunt exceptiones peremptoriae tam ante, quam post litem contestatam, * modo ante sententiam *l.* 2. *C. sent. rescind. non posse l.* 4. *C. de Except. l.* 9. *C. de praescr. long. temp. l.* 10. §. 1. *C. de fidejussor.* ut tamen in stricti juris judiciis necesse sit, eas inde ab initio contestari *l.* 8. *et* 9. *C. h. t. d. l.* 9. *C. de Praescr. l. t.* quod in bonae fidei actionibus necessarium non est. *d. l.* 2. *C. sent. resc. non posse. d. l.* 4. *C. de Except. d. l.* 10. §. 1. *C. de fidejuss.* Ratio, quia b. f. judiciis insunt ipso jure exceptiones. *l.* 3. *de Rescind. vend. l.* 31. *et l. ult. de hored. petit.* Donel. 24. *comment. c.* 2. Imo nec quidem in strictis contestatio erat necessaria ejusmodi exceptionem, quae nihil facti, sed merum jus continebant, qualis est exceptio divisionis aut excussionis, quae dantur fidejussoribus; utpote cum generali legis mentione satis per se contestatae videantur. A. Faber *tit. C. d. Except. defin.* 1. *n.* 3. Denique proditae sunt exceptiones duae, quae post latam quoque sententiam recte opponuntur, suntque Macedoniani et Vellej. Scti, *l.* 11. *ad Sc. Maced.* quod et de exceptionibus facti, quae dicuntur, intelligendum per *l.* 4. §. 6. *et* 7. *de Re judic.* Idem de exceptione, quod quis non teneatur ultra quam facere possit, adfirmatur in *l.* 41. §. *ult. de Re jud.* Porro dilatorias non nisi ante contestationem opponere licet, ** etsi postea probari sufficiat, *l.* 19. *C. de probat. l.* 9. *C. h. t.* quod de dilatoriis ad causam spectantibus accipiendum videtur: Nam quae ad judicium vel ad personas judicium constituentes pertinent eas verius est, non modo proponendas, sed etiam probandas esse, cum aliqui judicium occupare et antevertere nequeant; Ita de Procuratoriis scriptum est in *l.* 13. *et l.* 24. *C. de Procuratoribus.* *** Ferme eadem ratio dictat, exceptiones peremptorias, quae dicuntur litis finitae, quia litis ingressum impediunt, ante litem contestatam esse opponendas et in continenti probandas, cum alioqui nullo modo esse queant, quod dicuntur. De his usu fori sic est receptum; exceptiones fori peremptorias atque dilatorias, causam spectantes, etiam non contestatas, usque ad sententiam recte opponi. Mynsing. 1. *obs.* 24. Gail. 1. *obs.* 74. *n.* 13. Wesemb. *par. h. t. n.* 7. Gudelin. 4. *de jur.*

(h) *Pos.* 18.

* *Ordin. Processus Saxon. Tit.* 11. §. *Was aber.* jubet eas omnes Litis Contestationi annectere, unde si ante litis contestationem oppositae fuerint, rejiciuntur post litem contestatam, nisi sint in continenti liquidae, Carpzov. *P.* 1. *C. El.* 3. *def.* 14. et, si Litis contestationi additae non fuerint, omissae censentur, *d. Tit.* §. *es soll. aber.* postea ergo nullae amplius admittuntur, ita et ne omissae quidem in prima Instantia, in Appellationis instantia objici possint, Carpzov. *P.* 1. *C.* 21. *def.* 6. nisi post factam demum L. C. aut emerserint, aut ad notitiam rei pervenerint, quo nomine excipiendi jusjurandum injungit *O. P. S. d. T.* §. *es foll.* Svendend. *ad Fibig. p.* 401. Sed et in continenti ex instrumentis, actis, aut alterius partis confessione, liquidas exceptiones peremptorias, in ipsa Executione oppositas, haud negligi, apparet ex *O. P. S. t.* 39. §. *Wann. aber.* add. *Dec. El.* 2. ibique Philipp. *Obs.* 8. *P.* 1. *C. El.* 8. Illiquidae vero exceptiones, executioni intra terminum executivum oppositae, eam non remorantur, sed in reconventionem rejiciuntur. *O. P. S. t.* §. 39. §. 3. Berlich. *P.* 1. *Concl.* 84. *n.* 86. Nec executionem retardabit reus, licet exceptionem talem, quam scit illiquidam esse, praeveniendo per modum actionis, proposuerit. Carpzov. *Dec.* 52. Berl. 270. *n.* 19.

** Inprimis nostro Jure, ubi in primo statim termino omnes simul praecise allegandae sunt, *P.* 1. *C. El.* 3. ita quidem ut exceptio fori declinatoria primo urgeatur loco, ne alias reus in judicem consensisse videatur, Menck. *ad Ord. Proc. tit.* 11. §. 3. Praeterea exceptionibus dilatoriis annectenda est eventualis litis contestatio, qua omissa reus in expensas condemnatur, *O. P. S. t.* 11. §. 1. Caeterum, hae exceptiones et ante litem contestatam regulariter probandae, *O. P. S. Tit.* 11. §. 1. nisi earum indoles aliud ferat, e. g. except. non grav. satisdat. pro reconvent.

*** Exceptiones quae Procuratoribus objiciuntur, e. g. inhabilitatis, illegitimationis, apud nos quoque in quavis judicii parte admittuntur; maxime vero illegitimationis exceptio, cum judicium retro nullum reddat. Nicol. ad *Pr. P.* 1. *c.* 26. *n.* 2. Hinc etiam post rem judicatam opponi potest. Berger. *El. Discept. Suppl. T. II. p.* 267. Wenher. *Obs. P. VI. p.* 61. *et P. V. p.* 35. Non tamen suspendit fatale, Rivin. *Enunc. Jur. ad O. P. S. tit. XI. En.* 30.

noviss. c. 7. Perez. *ad d. tit. C. de Except. n.* 9. Praeterea frequentibus populorum statutis cautum est, ut qui plures habet exceptiones, ess omnes simul et semel proponst, priusqusm litem contesletur. Damhoud. *prax. civil.* e. 139. Mynsiog. 5. *obs.* 86. 90. Gudel. 5. *de jure noviss.* e. 6. 7. 8. Stat. Fris. *libr.* 13. *artic.* 3. nbi tsotum tres exoipiuntur, exceptio litis pendentia, rei judieatae et fori declioatoria. Inter exceptiones, quae persenis objiciuntur snot Procuratorlae, veluti, quod minor sit anois 17. §. 7. *Inst. Quib. ex caus. manumitt. non lic.* quod miles sit, §. *ult. h. l.* 7. *C. de procur.* quod mulier, extra certss causas, *l.* 41, *de Procurat.* et si quae prseterea sunt prohibitiones Procuratoriae.

15. In §. *ult.* traditur adversus procuratorem non posse opponi exceptionem quod iofamis sit: uode tsmen non sequitur, infames ad officium Procuratoris admittendos, sed tantum quod Judicium praetextu infamise illorum non sit remorandum. Plane haoc esse mentem Justiniaoi, palet ox *fine d.* §. *ult. ne dum*, inquit, *de his altercatur, negotii disceptatio proteletur.* A"τοπον, ait Theophilus, περὶ προσώπων ποιότητα φιλονεικοῦντας, τὴν τοῦ πράγματος ἐπεκτείνειν ζήτησιν. *Abs re est*, inquit, *de personarum qualitate litigare et ipsius causae disputationem producere.* Hactenus igitor infsmes admittuntur, si occaslone illius disputationis csusa principalis aliqnam reciperet moram: Proinde, si palam sit, esse Procuratorem, qui pro alio ed litigandum procedit infamem, is ab Judice noo admittetur, *l.* 1. §. 5. *de Postul.* quod utique de hodierna praxi dieendum, qua Procuratoris muous solet haberi publicum.

DE REPLICATIONIBUS.

16, (i) Replicatio est Actoria responsio, qua rei exceptionem refutat, quod exemplo pacti declaratur *in pr.* Pactus es, ne peterem, datur tibi exceptio pacti. Rursum, paetus sum ut peterem, prius pactum non tollitur, sed oihilominus parit exceptionem; posterius iterum psrit exceptionem, sive replicationem, qua prius pactum eliditur; et hoc est qnod dicitur, pacta esse facti, non juris. *l.* 27. §. 2. *de pact.* hoc sensu Replicatio est exceptionis quasi exceptio. *l.* 22. §. 1. *de Except.* * Sed Exceptio exceptionis, qna quis contendat se non cogi ad exceptionem adversarii respondere, non habet rationem, nec ullum in Jure, quod sciam, datur exemplum. Exceptio est actionis exclusio, non exceptionis. Est hoc inventum, ut puto, causidicorum mali moris et rixosum. Replicationem actoris sequitur duplicatio rei, hanc triplicatio actoris, postrema fere quadruplicatio est; nam quintuplicatio et sextuplicatio sunt rarioris usus. §. 3. *h. l.* 2. §. 3. *de Except.* Quid est autem, quod Reus triplicare dicitur *in l.* 7. §. 1. *de Curat. fur.* cum id actoris esse partium liqueat e §. 2. *h. t.* Intelligitur in *d. l.* 7. §. 1. duplicatio, quae appellatur triplicatio, quoniam est tertia, quae in judicio fit, refutatio; nam 1. est exceptio, 2. replicatio. 3. duplicatio. Non male consulunt civitates, quae vetant ultra duplicationem procedi, omniaque facta jubent in libello et responsione comprehendi: quod et juris ratio imperat, cum per eas litis contestatio fiat, quae totum causae statum judici repraesentare debet. Tulden. et Perez. *ad. d. tit. C. de lit. contest.* **

17. In §. *ult.* traditur alia exceptionum divisio, *quod vel reales vel personales sint.* Reales, quae rem feriunt et prosunt etiam heredibus ac fidejussoribus, ut sunt omnes peremptoriae et dilatoriae caussam spactantes: Personales, quae in gratiam certae personae competunt, nec ulterius extendantur, ut est exceptio pacti de non petendo a certa persona. etc. adde Vinn. *ad. h.* §. quod quis non tenestur ultra quam facere possit; item exceptio moratoria quam Princeps quandoque debitoribus indulget. *l.* 2. et *l.* 4. *C. de Precib. Imper. off.*

(i) *Pos.* 1. *et seqq. sub. tit. de Replicat.*

* Usus nostri fori quoque replicantibus passim jura reorum indulget. Ita Actori Replicanti reus tenetur Instrumenta edere; Rast. Pistor. *Obs.* 218 *n.* 24. Brunn. *ad l.* 1. *ff. de edend. n.* 9. et replicans super Replica, post Gvarandam praestitam, adhus reo jusjurandum deferre potest, Barger *Disp. Quousque in Sax. Elect. licet deferre jusjurand.* th. 3. vid. ejusd. *Elect. Proc. Execut. possess. p.* 357.

** *Const.* 1. *Elect. P.* 1. ante litis contestationem non patitur partes ultra quadruplicam procedere, permissa ergo sunt actori et reo singulis tres positiones, *drey Wechsel Satze von Mund aus in die Feder.* vid. Carpzov. *ad. d. C. def.* 7. Post litem contestatam, si super puncto incidente proceditur, duae tantum singulis partibus positiones conceduntur, *P.* 1. *C.* 9. Conf. *P.* 1. *C. El.* t.8 *O. P. S. tit.* 29 §. 2. *Wenn. aber.* Atque hoc in disputatione attestationum observari solet, ita ut ultra triplicam quadruplica prorsus non admittatur, et vel ab actis rejiciatur, vel in judicando non attendatur. Nec aliud obtinet, licet triplica novi quid contineat, cum quae in ea noviter adjecta sunt, negligantur Martin. *ad Ord. Proc. t.* 29. §. 1. *n.* 60.

TIT. XV.

DE INTERDICTIS.

I. Continuatio et definitio interdictorum. II. An Possessio sit jus in re. III. Divisio interdictorum prima. IV. Altera. V. De interdicto quorum bonorum. VI De Salviano interdicto. VII. Interdicta adquirendae possessionis non oriri ex jure in re. VIII. De interdictis retinendae possessionis. IX. Non posse appellari in hisce. X Interdicta retinendae possessionis non esse in rem actiones. XI. De adquir. retin. et amitt. possessione. XII. Interdicta recuperandae possessionis. XIII. Ultima interdictorum divisio.

(a) Post actiones et exceptiones agitur de Interdictis, quae olim erant formulae atque conceptiones verborum, quibus Praetor in causa verae vel quasi possessionis aliquid fieri jubebat aut prohibebat. *pr. h. t.* Fuisse interdicta formulas atque conceptiones verborum patet ex singulis fere titulis quae in *lib.* 43. de Interdictis occurrunt. Etenim Praetor ad postulationem ejus, qui circa possessionem se ab alio laedi querebatur, adversarium ad se vocabat, causa obiter cognita, certam verborum formulam concipiebat, jubens aliquid aut vetans fieri: quod si adversarius interdicto non paruisset, tum si res dubio carebat, decretum suum exequebatur, aut si plus scrupuli apparebat, actionem atque Judicium ex causa interdicti dabat. *l.* 1. §. 2. *Si ventr. nom. mul. l.* 3. *pr. Ne vis fiat ei, qui in poss.* et tunc quoque, sicut in aliis causis, judex pedaneus dabatur, *l.* 21. *Quod vi aut clam.* ut etiam ex Cicer. *pro Caecin. in fin. narr.* apparet Theophilus nescio quid velit, cum interdictum ait esse ὁμιλίαν πραίτορος περὶ νομῆς ἢ οἱονεὶ νομῆς, οὐ τέμνουσαν τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλὰ ῥυθμίζουσαν τὸν δικαστήν, ὥσπερ χρὴ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως. *Enunciatum Praetoris de possessione vera vel quasi, non decidens controversiam, sed judicem quo pacto judicandum sit instruens.* Hoc rectius de formulis actionum ordinariis quam de Interdictis ita affirmaveris. Caeterum vera possessio est rerum corporalium, quasi possessio rerum incorporalium, ut servitutum et rerum quae divini juris sunt. *l.* 18. §. 1. *de hered. petit l.* 23. §. 2. *Ex quib. caus. maj. l.* 1. *Ne quid in loco sacro.* Sunt igitur Interdicta de possessione, ut tamen taxativa particula *maxime* addatur a Justiniano in *pr. h.* quod explicatur a Theophilo; ἐπειδὴ ἐστιν, ὅτε καὶ νομῆς οὐχ ὑπόκειται λόγος, καὶ ἰντέρδικτον ἁρμόζει. *Quoniam fieri potest ut possessionis quoque causa non subsit et tamen interdictum accomodet* Praetor. Haec tamen verba sic accipienda sunt, ut possessio non sola subsit; dari enim interdicta, quae nihil de possessione, verum solummodo sint de proprietate, mihi non constat: Est sane Interdictum de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva, de locis sacris et religiosis, quae proprietatis causam contineat, *l.* 2. §. 2. *de Interd. l.* 3. §. 11. cum §§. *seqq. de itin. actuque priv. l.* 1. §. *ult. de Aq. quotid. et aest.* sed non alio sensu quam per consequentiam proprietatis verae vel quasi, quam habent conjunctam; quatenus in istis interdictis vincit ille qui jus de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit *d. l.* 3. *et d. l.* 1. §. *ult.* vid. Vinn. *ad h. pr. n.* 2. Hodie Interdicta sunt Actiones Extraordinariae, quibus in causa verae vel quasi possessionis inter partes disceptatur. §. *ult. h. t. Rubr. D. de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt.* Dicuntur Actiones Extraordinariae, quia non servatur in iis ordo solemnis Judiciorum, † sed brevis cognitio et semiplena probatio adhibetur. *l.* 8. *C. Unde*

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4.

†. Quod ad Possessorium Summariissimum attinet, noviter est constitutum, ut citationes statim sub poena confessi et convicti decernantur; rotuli non nisi judiciales, coram quocumque tamen judice confecti, admittantur; jurisjurandi delatio et interrogatio cessent; reo aeque liceat porrigere rotulos judiciales Redemonstrationis causa; si hoc neglexerit, per interlocutoriam, ut offerat, ei injungatur, sed statim definitive pronuncietur; et qui unum pluresve quintae possessionis actus, et quod ad Jurium et Servitutum possessionem attinet, in servitutibus equidem continuis, possessionem saltim annuam, in discontinuis praeter hanc tres actus rite exercitos pro se deduxerit, in possessione sua defendatur, nulla leuteratione aut appellatione, licet super damnis et sumptibus simul fuerit pronunciatum, aut utraque pars ad ejusmodi remedium confugerit, admittenda. Judex tamen a quo, ex officio judicem ad quem de interposita appellatione instruet, illis etiam personis, quae beneficio restitutionis in integrum gaudent, loco illius, una leuteratione aut appellatione uti licebit. *Appendix Ordinationis Illustratae et Emendatae* §. 19. Sciat autem in possessorio summarissimo defensus, si in possessorio ordinario, aut petitorio causa forte cadet, se pro malae fidei possessore habendum esse, fructusque omnes perceptos et percipiendos, damnaque et sumptus cum aliis, tum ob possessorium summariissimum factos, a se esse restituendos. *d. App.* §. 20.

vi. l. un. C. si de moment. possess. l. 3. *C. de Interd. l.* 13. *C. de Rei vind. l. ult. C. Quor. bonor.* Atque baec est perpetua et generalia differentia inter Judicia petitoria, quibus de proprictate et jure pleno quaeritur, ae possessoria; Quod in petitorio plena et accurata causae cognitio adhibetur, secus so in possessorio. *dd. ll.* * Ratio hujus differentiae, quia cum homines de facto rei detinendae certant, quod fit in possessoriis, saepe manibus non temperant: imo ait Theophil. *συμβαίνει πολλάκις καὶ φόνους πλημμελεῖσθαι καὶ τραύματα ἐπάγεσθαι, καὶ πληγὰς ἐπιφέρεσθαι. saepe caedes, vulnera et verbera infliguntur.* Ideoque celeriter ejusmodi certamina decidi oportet. Alio tamen sensu extraordinariae dicuntur actiones, in §. *ult. h. t.* quippe illic eodem sensu vocantur extraordinariae, quo cunctae, actiones. Scilicet ordinariae erant, in quibus Judex pedaneus a Praetore dabatur; *extraordinariae*, ubi Magistratus ipsi cognoscebant et sententiam ferebant. *tit. de extraord. cognit.* ut saepe alias dictum atque dicendum est: Accurate igitur loquendo, non sunt introductae hoc sensu actiones extraordinariae, quia nunc omnes ejusmodi sunt, nullaeque amplius, more veteri, ordinariae. Habent tamen hodieque Interdicta quaedam ab aliis actionibus diversa. Nam hae sunt vel civiles vel Praetoriae Interdicta juris Praetorii tantum. Actiones de privatis tantum negotiis, Interdicta etiam in publicis interponuntur. Illae super omnibus rebus, quae sunt in patrimonio, haec super possessione. Actiones dantur ut res perpetuo sint penes nos; Interdictis id tantum agitur, ut rei detentio maneat, nec aliter quam per Judicem mutetur. Actiones sunt vel in Rem vel in personam; Interdicta omnia sunt in personam actiones, licet in Rem conceptae. *l.* 1. §. 3. *de Interdict.*

2. Hic praeteriri non potest illa nobilis controversia, sitne possessio jus in Re, quemadmodum vulgo appellatur, quod rem ipsam, ubicumque sit, afficiat, an vero Jus ad Rem? Sunt, qui desperantes evincere, quod possessio sit Jus in Re, volunt jus possessionis tale esse habendum. Quid sit possessio, diximus ad *tit. de Usucapion.* Jus possessionis quid sibi valit animadvertamus. Capiunt viri docti, possessionem haberi pro facto detinendi, jus possessionis inde multo esse diversum. Sed in capite Pandectarum de adquirenda possessione, nihil aliud quam facultatem detinendi rem, et non factum detinendi nudum intelligi, opinatus sum, atque ita vetusti Dd. et secutus hosce Baehovius ad *Treutl. disp. de adquir. poss. th.* 1, opinabantur, quando possessionem definiebant, *jus rei corporali insistendi*, nec diverso sensu JCti per plerosque tituli allegati textus. Sed nec intercedimus, quin tu jus possessionis dicas, sic tamen, ut nihil ea vox diversitatis, hujus controversiae definitioni illatura sit. Jus dominii, jus servitutis, jus ususfructus, dici atque intelligi potest, cum aliqua distinctione a dominio, servitute, usufructu. Sed cum domino et usufructuario jus dominii et jus ususfructus tribuimus, nihil novi, nihil quod non dominium et ipse ususfructus indicabat, illis adscribimus. Perinde, qui jus possessionis interpretatur, nihil novi, quod non ipsa possessio continebat, proferre potest. Docet hoc Grotius, qui in artem suam discrimen possessionis et juris possidendi intulit *lib. 2. Jurisp. Holl. cap. 2. in pr. Jus possidendi est, quod ex possessione sequitur*, inquit, at quale tandem? Explicat se in §. 8. *Jus inde oriundum est, ait, quod quisque rem a se possessam detinere et sibi eripere volenti resistere possit.* Item *quod in possessione maneat donec alius rem jure evincat.* Qui habet possessionem, is hoc jure gaudet; qui possessionem non habet, is neque commodo possessionis fruitur; adeoque satis puto constare, quod is qui possessionem amisit, nullum jus possessionis habeat, neque se commodo possessionis tueri queat: habet quidem jus ad recuperandam possessionem; sed recuperare satagit, ut jure possessionis iterum gaudeat. Plane extra controversiam habetur, Jus possessionis cum ipsa possessione nasci et extingui. Ideoque argumenta quibus alias probavimus, possessionem non esse jus in Re, non minus directe conveniunt in hoc, quod jus possessionis dicitur, quam in possessionem ipsam. Quare ut effugium subtrahatur, faciamus liquidum, quod jus possessionis ex eorum numero haberi non possit, quae jura in Re solent appellari. Jus in Re ex consensu omnium ita descriptum est, quod rem afficiat, rem devinctam teneat, ubicunque et penes quamcunque personam sit; ejus autem naturae non est jus possessionis; sed hoc, ubi

* Usus fori nostri sequitur Jus Canonicum, ac in possessorio ordinario, quo de antiquiora et justiora possessione agitur, processum solemnem ordinarium retinet, *a. c.* 9. *X. de probat. c. f. X. de caus. poss. et propr.* Carpzov. *l.* 1. *Resp.* 9. *num.* 10. *j.* Dn. Authorem *infr. h. tit. pos.* 13. *in f.* in possessoria autem, qua de praesenti et momentanea possessione quaeritur, quod summariissimum seu summarium vocant, summariam causae cognitionem tantum requirit, vid. *Res. Grav. d. Anno* 1653. *gr.* 36. §. *Setzen. Dec. El.* 1. Carpzov. *Proc. t.* 1. *art.* 5. *n.* 48. conf. tamen Berger. *Elect. process. possess.* ubi negat dari judicium possessorium, quod ratione Processus sit ordinarium *th.* 1. et omnes causas possessorias summario Processu tractandas esse contendit. *add.* Schilt. *ad ff. Exerc.* 13. *th.* 10.

res mihi erepta est, perit confestim. *l.* 15. *de adquir. vel amitt. poss. l.* 5. *de usurp.* Jus possessionis est momentaneum. *t. Cod. si de moment. poss. l. ult. C. qui legit. pers. st. in jud.* Quid? Jus in re constitutum et stabilitum, statim atque res mihi subrepta vel deperdita erit, extinguetur? Imo tum maxime ex quolibet jure in Re contra quemlibet datur actio in rem, ad id quod amissum est, repetendum: sed ex jure possessionis numquid actio in rem proficiscitur, qua rem amissam, subreptam, a quovis possidente repetamus? Contrarium Paulus testatur in *l. 7. ff. de vi et de vi arm.* atque haec secunda ac invicta ratio est. Sed audio, qui tum ex jure ac possessionis volunt in rem nasci actionem, quando agitur de retinenda possessione, idque probant ex *l.* 1. §. 4. *et ult.* et *l.* 2. *uti possid. l.* 3. *C. de interd. l.* 14. §. *ult. de except. rei jud. pr.* §. 4. *in fin.* §. 6. *et ult. Inst. de Interd.* Nescio, an quidquam facile ineptius et a ratione juris alienius a viris Doctis excogitari potuerit, ut is qui possidet, in rem adversus non possidentem agere dicatur. Interdicta retinendae dantur his, qui se possidere contendunt; sed qui hoc affirmat, is *τοαδυνατον* implicat, si rem sibi restitui contendat: atqui hoc est agere in Rem. Qui de re corporali in rem agit, *is non possidet*, ait Imp. *sub fin.* §. 2. *I. de action.* sed qui retinendi interdicto experitur, is in hoc se fundat, quod possideat, ideo incassum dicitur, uti possidetis agi adversus eum qui se etiam possidere contendit. Nam qui implorat interdictum; id negat, et se ait possidere, nec ad restituendum potest contendere, quod facere debet quicunque rem vindicat. In legibus objectis nihil ad rem pertinens reperitur. Jus in re et quod ad rem vocatur, judicia pariunt petitoria, quae perpetuo opponuntur his quae ex jure possessionis oriuntur. Erit forte qui dilemma torquebit; jus possesssionis, ad Rem erit vel in Re; sed jam dixi, possessoria judicia, ut petitoriis opponuntur, ita fundamentum quoque possessorium discrepat a causis petitoriis. Petitoria nascuntur ex jure in Re vel ad Rem: possessoria quia opponuntur illis, easdem non possunt habere causas. Possessio igitur vel jus possessionis, neque in Re neque plane ad Rem est. Non sumus soliciti ne non divisio parum plena videatur, si quod jus extat ab utraque illa specie diversum: domtaxat enim docendi causa haec divisio ab interpretibus ex Jure Pontificio adoptata est, ut alias diximus. Non quaeritur in Interdictis quo jure res teneatur, non de jure in Re constituta vel de jure ad rem consequenda, sed de facto, quis rem tenest. Possidenti id lex tribuit, ut retineat rem, donec de jure in ea Re vel ad Rem constet; Ergo ipsa possessio tale jus non est. Sit possessionis aliquod jus: nihil hoc aliud est, quam facultas a lege homini circa rem tributa, ut contra manus aliorum tutus sit; omnia enim de possessione judicia huc tendunt, ne status, in quo res est, alia quam juris via mutetur, insuper habita causa per quam res eam positionem accepit. Etiam is, qui nullam, vel aperte injustam possessionis suae causam habet, aeque tamen, quam qui justissimam, jure possessionis gaudet. Fures et praedones habent jus possessionis etiam in rebus furtivis, quid est absurdius, quam vi vel furto jus perfectum et perpetuum adipisci? Sed quia possessionis momentaneum jus est, ideo hactenus nihil absurdi; publice enim interest, etiam fures et praedones in possessione defendi, donec res legitime tramite ab illis evincantur; ne rixis et tumultibus fenestra aperiatur. Argumentum igitur minime vanum est; Jus in Re vel ad Rem ex causa nulla vel iniqua adquiri aut amitti non potest; sunt enim ejusmodi haec jura, ut semel quaesita citra injuriam eripi nequeant. Igitur ut ex legum auctoritate jus in re per furtum et rapinam adquiratur, aut semel stabilitum amittatur, rationi repugnat. Atqui possessio, inquam, ex causa nulla et injusta oritur. Utriusque exemplum est in §. 7. *Inst. de Usucap. Qui loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini sine vi nanciscitur,* is eum *possidet:* aperte sine ulla causa. Si per vim fundus occupetur, jam ex injusta causa possidetur, uti et fures possidere noscuntur. *eod.* §. 2. Eadem amissionis ratio est; Nam possessio per vim, per fraudem, a fure, a praedone, potest eripi, *l.* 15. *de adquir. vel amitt. poss.* ita ut nos jus possessionis amittamus, idemque illi perfecte consequantur, *l.* 2. *Uti poss.* quod, si jus in Re esset, nullo modo tolerandum foret; neque adeo tolerandus error est, quo id affirmatur.

3. (b) Divisio Interdictorum in *h. tit.* triplex proponitur. Prima divisio, quod sint vel prohibitoria vel restitutoria vel exhibitoria. Interdicere quidem est prohibere potissimum; sed non est insolens ut nomen generis ab una specie petatur, *hoc* §. 1. *in fin.* quamquam forte ne quidem ita necesse fuerit; si quidem etymologica ratione, Interdicta sunt appellata, quia vel inter duos, vel interim dicuntur, Isidor. *l.* 5. *c.* 25. quod aeque de restitutoriis et exhibitoriis, quam de prohibitoriis affirmari potest. Sunt prohibitoria, quibus Praetor aliquid fieri vetat, veluti, ne quis vim faciat sine vitio possidenti, ne quis mortuum in locum que jus

(b) *Pos.* 6.

ei est, inferentem impediat; ne quis in loco sacro aedificet, vel in flumine publico ripave aliquid faciat quo pejus navigetur, haec in §. 1. *h. t.* explicantur, et specialiter singula in *l.* 1. *de mort. infer. l.* 1 *et pass. Ne quid in loc. sacr. l.* 1. *de flumin.* Restitutoria Interdicta sunt, quibus Praetor aliquid restitui jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quae quis pro herede aut pro possessore ex ea hereditate petit, quod est interdictum Quorum bonorum, de quo plenius in §. 3. aut eum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem, quod fit interdicto de vi et vi armata, de quo agemus *inferius.* Denique exhibitoria sunt, per quae Praetor jubet aliquid exhiberi; veluti eum, inquit Caesar, cujus de libertate agitur, quod est interdictum de homine libero exhibendo; aut libertum cui Patronus operas indicere velit; aut eum parentes de liberis, quos in potestate habent, exhibendis sibi agunt, de quibus sunt tituli in Pandectis peculiares, de *homine libero exhib. et de liberis. exhib.*

4. (c) Sequitur secunda Interdictorum divisio, quam persequitur Imperator in §. 2. 3. et 4. quod interdicta sint vel adipiscendae, vel retinendae, vel recuperandae Possessionis. Scilicet adipiscimur possessionem, quam numquam habuimus; Retinemus, quam habemus; Recuperamus, quam amisimus, ut res et ipsa verba loquuntur. Adipiscendae igitur possessionis interdicta dantur iis, qui jus habent prae omnibus aliis res detinendi, at needum earum detentionem adepti sunt. Interdicta retinendae possessionis competunt iis, qui jam rebus incumbunt easque vere et ante possident, in eum finem, uti ne in possessione turbentur eamve rursus amittant. Recuperando pro his introducta sunt, qui eum antea res possiderent, aliorum facto violentiaque detentionem amiserunt, hoc fine, ut quietam possessionem recipere eaque gaudere possint.

5. (d) Jam Adipiscendae possessionis interdicta sunt, Quorum bonorum et Salvianum. §. 3. *h.* Interdictum Quorum bonorum datur originaliter bonorum possessoribus, dein et heredibus, *l.* 1. *C. Quor. bonor.* ad petendam possessionem rerum hereditariarum adversus eos qui pro herede vel pro possessore possident *d.* §. 3. Caeterum differentia inter heredes et bonorum possessores est, quod heredes sint jure Civili, et bonorum possessores jure Praetorio, sed quad ad effectum nihil differunt, ut alias dictum. Proprie est hoc interdictum pro bonorum possessoribus. *l.* 1. *C. Quor. bonor.* Jam pro herede dicitur possidere, qui putat vel saltem contendit se esse heredem: pro possessore, qui scit se non esse, nec etiam dicit se esse heredem, §. 3. *h. tit.* qui supplendus ex *l.* 11. *et l.* 12. *de Hereditat. petit.* ad quem tit. latius hoc explicandum. Differt hoc interdictum a petitione hereditatis tam civili quam possessoria, quia illud tantum est de corporibus, *l.* 2. *D. Quor. bonor.* haec de juribus quoque incorporalibus, *l.* 19. *et* 20. *de hered. pet.* deinde in illo tantum petitur detentio, in hac plenum jus dominiumque rerum. Tertio, in hoc semiplena sufficit probatio; In illa plenissima requiritur. Quae due differentiae sunt communes in omnibus judiciis petitoriis ac possessoriis ut antea dictum. Huic affine est, quod legatorum, quod datur heredibus ad repetendas res lugatas a legatariis occupatas, ut ipsi heredes inde Falcidiam detrahant. *l.* 1. §. 2. *Quod Legat.*

6. Salvianum interdictum plane respondet actioni Servianae, de qua vide *n.* 10. *supra de Actionibus*; tantum illa duo generalia discrimina modo allegata heic etiam observantur; Ex. gr. eum in Serviana dominum fundi probare oportcat rem fuisse in bonis coloni, huic sufficit probasse, quod res in fundum invecta aut illata sit. Eadem ratio erit Interdicti quasi Salviani respectu actionis quasi Servianae, quam supra intelleximus: Et haec ita observantur. Gail. 2. *obs.* 26. *n.* 1. Dantur omnino plures interdictorum species, tam in genere adipiscendae quam retinendae possessionis, at nos intra terminos Institutionum calamum hic retinebimus.

7. Placet addere, possessionem vel jus ejus, respectu interdictorum Adquirendae possessionis non esse jus in Re, quod quidem hac parte est evidentissimum: Nam qui agit hisce interdictis, non possidet, nec habet jus possessionis, verum de adquirenda possessione laborat. *h.* §. 3. Habent quidem Interdicta Adquirendae hanc similitudinem cum actionibus in Rem, quod dantur adversus possidentes; sed ut possessio illorum intuitu jus in Re diceretur, actionem in rem ex possessione nasci oporteret. Actor habet quidem jus Adquirendi possessionem, hoc est, ut liceat ei adquirere possessionem: At hoc nemo, cum jus possessionis appellat, intelligi censet; Etenim jus possessionis volunt esse, quod ex possessione sequitur, eamque praeexistere supponit, ut modo *ad n.* 2. est explicatum. Proinde fieri non potest, ut interdicta Adquirendae possessionis oriantur ex possessione vel ejus jure, eum Actor, inquam, hic non possideat. Quid autem? Suntne haec Interdicta actiones in Rem an in personam? Ulpianus in *l.* 1. §. 3. *de Interd. sive extraordin.* ita diserte; *Interdicta omnia, licet in rem videantur*, ait,

(c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 8. *et seqq.*

concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. Verba, *licet in rem concepta videantur*, bifariam accipi possunt; vel ita, licet circa rem versentur et non circa praestationes personales: nam possessio rem ipsam proprie spectat. Vel hoc modo, licet fieri possit, ut in rem scripta sint, contraque possessorem quemlibet dentur, origine tamen fundamentoque et vi ipsa bene inspecta, sunt personalia; quia non dantur ea domino ex jure aliquo in Re constituto, nec proinde ad effectum ejusmodi juris consequendum tendunt. Imo vero, dices, interdicta Adquirendae nascuntur ex jure, quod est vere in Re constitutum; Nam interdictum Quorum bonorum est ex jure hereditario, et Salvianum ex jure pignoris. *l.* 1. *et toto tit. D. Quor. bonor. l.* 1. §. 1. *de Salv. interd.* At ego probo, nec interdictum Quorum bonorum esse ex jure hereditario, neque Salvianum ex jure pignoris. Ratio sit duplex; Prima, Hereditatis petitio, tam civilis quam possessoria, nascitur ex jure hereditario; de Salviano deinceps. At ex juris ratione fieri non potest, ut petitorium de hereditate et possessorium de eadem re judicium, veniant ex uno eodemque principio atque fundamento proximo; cum toto genere discrepantia sint judicia. Ratio altera petitur ab exitu judicii sententiaque in Interdicto Quorum bonorum. Notum est enim sententiam in judicio recte legitimeque instituto, debere esse conformen fundamento actionis primaeque petitioni: At eventus judicii non est ut jus hereditarium Actori adjudicetur, sed tantum detentio rerum corporalium quae ad hereditatem pertineat. Ac inde tam ratio tertia suggeritur; actio quae ex jure hereditario nascitur, cuncta quae sub jure hereditario continentur necessario comprehendit, tam incorporalia quam corporalia, ut superius dictum. At interdictum Quorum bonorum non nisi de rebus corporalibus proditum esse constat *l. ult. D. Quor. bonor.* Sed urgebis, ut edisseram, unde igitur Quorum bonorum nascatur interdictum. Et sine haesitatione dicam; Id esse fundatum in possessione quam ex Edicto praetoris adeptus est Actor, tametsi forte jus hereditarium penes eum revera non consistat. Constat enim, praetorem in danda bonorum possessione, non exacte et peremptorie examinare merita juris quod a quoque petitore allegatur; sed exempli gratia, ex testamento dare bonorum possessionem modo septem testium signis sit signatum; licet in eo vitium aliquod intrinsecus extet, quod impediat ne jus hereditarium scripto heredi convenire possit. Unde frequenter evenit, ut possessio a praetore decreta fiat sine re et sine effectu, aliusque deinde bonorum possessio contra tabulas ejusdem testamenti detur. §. 12. *Inst. de hered. quae ab intest. def.* Quod etiam Viglius *in pr. Inst. de liber. exhered.* et Contius *l. subcis. lect.* 14. recte de casu filiifamilias in testamento praeteriti adfirmant: cum hoc effectu, ut quamdiu filius quiescit, bonorum possessio valeat, secundum *l.* 17. *D. de injust. rupt. irrit. fact. test.* quae dein vel bonorum possessione contra tabulas *l.* 2. *ff. de b. p. s. t.* vel ab intestato *l.* 1. §. *ult. de bon. poss. cont. tab.* resolvitur atque revocatur. Sic abunde, ni fallor, liquet, jus hereditarium, illud inquam jus in Re, non esse fundamentum Interdicti Quorum bonorum, sed aliud minus firmum atque perfectum, actoremque se fundare in eo, quod aequum sit, possessionem, hoc est rerum detentionem, sibi dumtaxat praestari. Facili jam negotio intelligitur, circa fundamentum Salviani Interdicti nihilo plus fore difficultatis omnibusque reliquis interdictis, quae de servitutibus dantur. De servitutibus inquam, non ex ipso et vero jure servitutum, quod in rebus constitutum est; Rursus eadem ratione, quod fieri non posset, quin, si jus ipsum servitutis esset in petitione, idem veniret in adjudicationem. Unum dumtaxat est Interdictum quod ex ipsa servitute, adeoque ex jure in Re competit, *de itinere actuque privato*, et ex quo nihilominus tam evidenter nostrae veritas assertionis elucet, quam exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. *Hoc autem*, ait Ulpianus in *l.* 3. §. 13. *D. de Itin. act. priv.* secundum scil. Interdictum de itinere actuque privato, *a superiore distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possint, qui hoc anno usi sunt, hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est et jus sibi esse reficiendi, oporteat. Jus autem esse videtur ei, cui servitus debetur. Itaque qui hoc interdico utitur, duas res docere debet, et hoc anno se usum et ei servitutem competere.* Non poterat clarius docere Ictus, quam regulariter quidem Interdicta non agi ex ipsis servitutibus et ex jure in re constituto, sed ex ejusmodi fundamento, quod quidem servitutis mentionem recipiat, sed in ea tamen ipsa meritum causae non collocet; tunc enim et ad probandam servitutem actor adstringeretur, quod eum non facere cogi, hoc ipso e versu manifestum est. Dumtaxat ejusmodi jus circa rem probare debet, ex quo aequum sit, actorem potius eam rem possidere quam adversarium. Ipsum jus servitutis deinceps in judicium petitorium deducetur; atque ita in pignore, in jure hereditario, et si quae sint alia jura, de quibus tam possessoria quam petitoria dantur judicia, usuvenire, nemo, qui incorruptis juris principiis initiatus est, ignorare potest, ut pridem in *animadvers. ad jus in Re et ad Rem* probavimus *cap.*: 18.

8. (e) Retinendae pessessionis Interdiota sunt, Uti possidetis, et Utrobi. Uti possidetis datur ei qui contendit se possidere rem immobilem, petitque ut ea possessio sibi conservetur. Qua in re non leve commodum consistit, siquidem possessor rem servat, donee alter plene suam esse rem probaverit. *l.* 2. *C. de Probat. l. ult. C. de rei vindicat.* Unde JCtus in *l.* 24. *de. R. V.* prudenter mooet, eum, qui ie Rem judicio petitorio vult agere, primo omnium dispicere oportere, an non eliquo Interdicto possessionem adipisci queat, ut ejus medio detentioeem rei naetus, ingenti onere dominii probandi allevetur. *Utrubi* Interdietum ejusdem est sententiae, taotum quod de re mobili sit. §. 4. *h. tit.* Habeet haeo ieterdicte duplieem usum; *Primus* est, si unus rem evidenter possidens, ab elio in possessione turbetur, (hodie vulgo *maintenue*) huic enim aliud quam hue ipsuie non potest applicari interdietum; utique non *unde vi*, eum hoo sit recuperandae possessionis, quemadmodum inferius intelligetur. Alter usus est, eum duo contendnot se possidere, quod Galli vooant *Redoublement*; tune euim Jndex, uter possidost, hoc judicio statuere debet; ejusmodi sdjudioationem Galli hodie vooant *Recreance*. Olim in Uti possidetis vineebat is, qui tempore interdicti sine vitie possidebst. In Utrubi superior is eret, qui majore parte anni possederat; hodie in utroque Judieio secundum eum pronunciatur, qui tempore litis contestatae, neo vi, nee elem, nec preoario possidet sb adversario; nam etsi a tertio rem vitiose adeptus sit, superior ipse tamen evadit. §. 4. *in fine h. l. ult. D. de Adquir. vel amitt. possess.* At jure Canonieo, quod usu magis servatur, superior est qui antiquiorem possessionem doeere potest. *c. licet.* 9. *X. de probat.* Caeterum, etsi proprie *Uti possidetis* interdietum de rebus soli detur, utiliter tamen ad servitutes, de quibus interdiets peeulierie non sunt prodita, extendi videtur, per *l.* 8. §. 5. *Si servit. vind. l. ult. de servit.* Hotom. *ad h.* §. 4. Vid. Bronchorst. 2. *antin.* 2. et D. Wissenbach. *ad h. tit th.* 28. Adde Giphan. *ad l.* 3. *C. de Interd.* Dissentire illi videntur, at ita, ut de conciliatione non sit desperaodum. Caeterum, ex eo quod hoc ioterdietum possessorem tueri dioitur, in *l.* 1. §. 6. *et ult. l.* 2. *l.* 1. *in pr. et l. ult. D. Uti possid.* sequitur, heredi id non dari, quia possessio non transit in heredem, nisi denuo apprehensa, *l.* 23. *in pr. de Adquir. vel amitt. possess.* Sed ubi receptum est, ut possessio defuncti per se transeat in heredem, ibi hoc quoque Interdietum heredibus dari coesenteneum est. Est illa Galliae inprimis consuetudo, ubi proverbium; *Le mort saisit le vif*, de quo Tirsquell. librum scripsit singularem, vid. *part.* 6. *declar. c.* 1. *n.* 1. *et* 2.

9. Porro, qui in possessorio vintus est, non habet aliud remedium, quam ut transeet ad petitorium, quo si probet rem esse suam, simul in possessionem restituitur; etenim appellatio ie possessoriis non conceditur *l. unic. C. si de momentanea possess.* Cujac. 1. *observ.* 2. Sed moribus seculi fit appellatio, cum effeetu devolutivo cognitioeis, * non suspensivo executioois, ut loquuntur: hoc est, superior Judex eognoseit an reete sit judicatum, sed interim senteetia executiooi mandatur; quod institutum est ex Jure Caoonieo, *c. ex conjectione de Restit. Spoliat. c. significaverunt. X. de Testib. c. un. Clem.* 1. *de sequestr. poss.*

10. Postremo, notemus huo iterum, quod jam monuimus *ad n.* 2. Interdicta retinendae possessionis non posse in Rem actiones esse, nec ideo illorum intuitu possessionem jus in Re dicendam, eo *quod interdicta retinendae dentur his, qui se possidere contendunt, sit vero τὸν ἀδύνατον, ut is qui possidet, rem sibi restitui contendat, quod est in rem agere.* Imo eertum utique est, ajunt dissentientes, possidenti contra possideotem ea interdicte dari, §. 4. *Inst. de Interd.* quibus aucteribus decisa videlicet est quaestio, an duo rem possidere queant, quod Paulus adeo fortiter negat in *l.* 3. §. 5. *de Adquir. vel amitt. poss.* Sed instant, scilicet, *eum qui habet jus possessionis, de retinenda agere contra eum, qui tantum habet detentionem.* Vellem hujus rei usum et exemplum declararent; Nam quod ad primum attinet usum, quem habent Interdicte Retinendae, quando is qui evidenter possidet ab elio turbatur, res est manifesta, dari hoc Interdietum possideoti contra non possidentem. Atqui interdieta retinendae, quatenus duplicia sunt et utriusque possessio ellegatur, constat

(e) *Pos.* 15. *et seqq.*

* Jure nostro interposita in causis possessorii summarii, etiam inhibitivi, appellatio, quandoque et devolutivum et suspensivum habet effectum, neque enim, pendente appellatione, judex inferior ulterius in causa potest progredi, *conf. Appell. Patent. d. an.* 1670. §. *Wollen.* Solet tamen plerumque judex superior eam, ut ieadmissibilem, non communicatis adversae parti refutatoriis apostolis, rejicere; vid. *Mand. Dippold.* Joh. III. *d. Ann.* 1691. §. 70. *j.* Svendend. *ad Fibig. p.* 1232. Berger. *in Elect. Proc. Possess th.* 43. *seq.* obt negat, Leuterationi in possessorio summario, in Saxon. *a. d. Mand.* locum esse. Caeterum quoties inhibitio confirmata, cassata, vel in vim simplicis citationis resoluta est, appellatio locum habet, et dantur haud raro reverentiales. Menck. *ad Ord. Proc. Disp. prooem c. th.* 32.

inter eos dari, qui sic se possidere contendunt, ut ab ipsis judicio vindicationis res peti debeat, sive ut Justiniani verbis utar, *in §. 7. Inst. de Interd. quando par utriusque litigatoris conditio est*, ita ut uterque sese seque possidere contendat: quae positiones cum actionis in Rem natura nullo modo conveniunt. Et quid disputamus hac de re? Justinianus hunc praetextum actionis in rem funditus tollit, cum in *fin. §. 4. h. t.* sic ait: *ut ille vincat.* (de interdictis Retinendae agit) *qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatae tempore detinet.* Apage igitur cum commento, ei competere hoc Interdictum qui habet *jus possessionis*, adversus eum qui tantum habet *detentionem.* Imperator affirmat eum vincere hoc Interdicto, qui rem detinet; Atqui in rem actio, quoties de re corporali, ut hic, agitur, ei tantum datur, qui non possidet, ait diserte idem Imper. §. 2. *Inst. de Action. sub. fin.* Jam qui dissentiunt, possessionem *longe diversae ab reliquis esse naturae*, disserunt ultro, *cum in detinendo id sit fundatum, magisque fragile sit, quam reliqua jura in Re, ut actio inde contra tertium non competat.* Atqui haec diversitas quae in possessione conspicitur, ab reliquis juribus in Re dictis, cum in ipso distinctionis momento, quo juri ad Rem opponitur, consistat, non potest non inferri, quod superius a me scriptum est, nihil esse in possessione quod juris in Re nomen tueri queat. Id hac inprimis gratia receptum est, ut principium adsequutum esset omnium in Rem actionum, nec alium habet usum haec appellatio; Proinde ubicumque est jus in Re, ibi necessario est actio in Rem. Igitur, si quis jus aliquod existere dicat unde non detur actio in Rem, is hoc ipso clare docet, hoc, cujusmodicunque sit, non esse jus in Re; Consequenter qui naturam alicujus Juris, quod in Re velit appellari, in hoc ab reliquis ejusdem nominis juribus vult discrepare, quod actionem in Rem non producat, is hoc ipsum evidenter tollit, quod omnino jus in Re sit, sublato scilicet eo, per et propter quod illud esse debeat. Praeterea jus in Re in hoc ab jure ad Rem distinguitur, quod quidem hoc ultimum adversus certam detur personam, illud vero in rem dirigatur et rem afficiat ubicunque res sit, et actionem adversus quemcunque rei possessorem porrigat. Proinde, qui jus aliquod esse tradit, quod rem non afficiat ubicunque existat, sed quod pereat quam primum res apud alium esse coeperit, hoc is ipso tollit momentum oppositionis, quo jus in Re et jus ad Rem a se invicem distinguuntur; ac ita negat manifesto, hoc suum jus habere juris in Re naturam. Denique in eo subsistemus, Possessionem vocari *jus*, quatenus est facultas homini circa rem tributa, ut contra manus aliorum tutus sit, nec situs, in quo res est, alia quam juris via mutetur. Proinde commodum et jus possessionis in eo consistit, uti possessor rei insistat, quamdiu alius non fecit liquidum sibi jus in ea Re vel ad eam esse comparatum, cujus vi possessio debeat mutari. Hoc jus in Re et ad Rem, judicia facit petitoria, quibus cum possessoria opponantur, palam est, jura quoque, unde ea judicia nascuntur, esse distincta; Porro Jus in Re firmum atque perfectum est, plerumque etiam perpetuum: possessio jus momentaneum est, fere ut ususfructus *momentaneus* dicitur in *l. ult. C. de bon. quae lib.* Adeo et fur et praedo rem nobis eripientes, continuo nobis adimunt possessionem eamque in se transferunt, quod de jure in Re tam firmo atque perfecto, veluti hoc omnes describunt, adserere, ineptissimum et a civili ratione alienissimum est.

11. (f) Caeterum, non modo his interdictis experimur si rebus ipsis corporaliter incumbemus, sed et si per alios, veluti per colonos possidemus, item per procuratores, hospites, amicos, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *et seqq. et l.* 30. §. 6. *et ll. seqq. de Adquir. vel amitt. poss.* denique per fructuarios. *l.* 6. §. 2. *de Precar.* §. 5. *h. t.* Nam hi, qui alieno nomine sunt in possessione, non agunt ex interdictis aeque adeo possident, *l.* 3. §. 3. *Uti possidet.* excepto fructuario, propter jus quod in Re habet, et quia omne rei emolumentum ad eum pertinet, in Interdictis uti possidetis et unde vi, pro possessore habetur. *l. ult. Uti possid. l.* 3. §. 13. *et seqq. de vi et de vi arm.* Proinde sciendum hoc loco, qua ratione possessio adquiratur, retineatur et amittatur. Nempe adquiritur animo solo, per eos qui sunt in possessione nostro nomine; amittitur et animo solo, plerumque tamen animo ac corpore simul. §. 5. *h. l.* 3. §. 1. *et l.* 8. *D. de Adquirend. vel amitt. possession.* juncta *l.* 153. *D. de. Reg. Jur.* Sunt haec ejusmodi, quae pleniorem merentur explicationem; At eam rectius Pandectis reservabimus. Illud hic addendum, non esse omnino *τῶν ἀδυνάτων*, ut eadem res a duobus possideri queat, scil. ab uno jure et animo, ab altero corpore; ab uno civiliter, ab altero naturaliter. Proin, si te absente alius fundum quem possides occupaverit, hic naturaliter, tu civiliter possides. *d. l.* 6. §. 1. *et l.* 46. *de adq. vel amitt. poss.* Quibus adversari putant multi Paulum in *l.* 3. §. 5. *eod.* quod mihi non videtur, quoniam is perspicue docet, possessionem, quae

(f) *Pos.* 24.

corpore consistit, ejusdem rei penes duos esse non posse, quidem juste apud unum, apud alterum injuste, quod verissimum est; nam quocunque jure teneantur res, hoc implicat, ut duo rem eamdem in solidum corporaliter teneant; atque hoc Paulum valle e textu claro liquet ultimisque verbis, *non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto: vel in quo ego sedeo tu sedere videaris.* Corporalis comparatio est, adeoque de concursu duarum naturalium, non de civili possessione loquitur. Caeterum, ubi rescivisti alium te invito rem detinere, tunc animum contra agnitam rei veritatem inducere non potes, sed civilem quoque possessionem amittis. *d. l.* 6. *et l.* 46. Indicat autem haec observatio, non posse fieri, ut viri docti contra quos modo de jure possessionis disputavimus volunt, in hac specie exemplum actionis in Rem jurisque in Re consistere, quando scilicet unus animo jus possessionis habet, alius rem corpore detinet. Videlicet, quicunque meam rem, me absente, occupavit, is Interdicto tenetur; atque ita hoc datur adversus quemlibet possessorem. Sed ne longius huic quaesito immoremur; etsi facile probatu esset hoc non sequi, licet maxime concederemus interdictum Retinendae tali casu dari, brevior tamen via est; negare, quod is qui reversus cognovit rem suam ab alio esse occupatam animo sibi rem tenendi, jam retineat possessionem, ac Interdicto Retinendae experiri possit. *l.* 6. §. *ult. de Adquir. vel amitt. poss. l.* 1. §. 24. *de vi et de vi arm.* Contra, detentori licet injuste, datur interdictum Retinendae, *l.* 1. §. *ult. Uti possid. l.* 3. *pr. eod. l. ult. de Adquir. vel amitt. poss.* Is vero cui sublata est facultas rem iterum corpore apprehendendi, ab eo tempore possidere desiisse, id, inquam, intelligitur ex *l* 3. §. 13. *de Adquir. vel amitt. poss.*

12. (g) Sequi debent Interdicta Recuperandae possessionis, cujusmodi hic unum solummodo et praecipuum memoratur, Unde vi; quod datur ei qui de possessione fundi vel aedium dejectus est, ad hoc, ut recuperet possessionem cum fructibus et eo quod interest §. 6. *h. tit.* rebusque mobilibus quas dejectus in loco, unde dejectus est, habuit. *l.* 1. *pr.* §. 31. *et seqq. l. pen. de vi et de vi arm.* Datur et ei, qui alterum prius vi dejecerat, ut hic textus ait, scilicet, si novissima dejectio facta sit ex intervallo post alteram; nam si quis ab alio dejectus eumdem in continenti rursus dejecerit, tum ultimo dejectus non habet interdictum. *l.* 17. *D. eod.* Quia quod statim fit, habet speciem defensionis, quod autem ex intervallo, tumultus et vindicta videtur. Competit adversus eum, qui vi dejecit vel dejici curavit, etiamsi dominus rei sit, et qui dejectus est ab eo vitiose possederit. *d.* §. 6. *h.* Competit etiam heredi, *l.* 1. §. 44. *de vi et de vi arm.* nam etsi possessio ad heredem non transeat, jus tamen recuperandi possessionem quomodo transeat, nihil obstat, quod tenendum ad ea, quae D. Wissenb. *ad h. t. ff. th.* 27. profert. Datur etiam fructuario, *l.* 3. §. *pen. eod.* non colono *l.* 1. §. 22. *ibid.* adversus eum qui dejecit, etsi non possideat, *l.* 1. §. 42. ut, si possessionem non restituat, id quod interest solvat. *l.* 15. *eod.* etiam in eum, qui jussit *l.* 1. §. 12. et in heredes quatenus perveait *l.* 1. §. *f.* Adversus tertium possessorem, qui vim non fecit non datur, *l.* 7. *d. t. De vi* tantum abest, ut haec actio in rem sit. Sed Pontifices suum interdictum unde vi, *ex cap. saepe X. de Restit. spol.* adversus tertium quoque possessorem dederunt. Competit et contra eum, qui vacantem possessionem, non tamen a Domino desertam, absque vi, sed et absque judicis auctoritate occupavit; *l. fin. C. unde vi* ut tamen justam excusationem ei tribuat error non improbabilis. *l.* 5. *C. Unde vi. l.* 3. *et* 6. *de jur. et fact. ignor*, Caeterum fructus in hoc interdicto praestantur a tempore dejectionis, *l.* 1. §. 40. *de vi et de vi arm.* cum caeteris Interdictis ratio fructuum, ex quo edita fuerunt, habeatur, *l.* 3. *de Interdict.* Schneidew *ad h.* §. 6. distinctio in vim publicam et privatam, quae *d.* §. 6. habetur, pertinet ad *tit. ultim.* ibique tractabitur.

13. (h) Tertia et ultima divisio Interdictorum est in simplicia et duplicia. Simplicia, in quibus facile discerni potest uter Actor et uter sit reus. Duplicia, in quibus uterque Actoris et Rei vices gerit: qualia sunt Uti possidetis et Utrubi, ut supra dictum: reliqua sunt simplicia. Pari modo sunt etiam petitoria quaedam judicia duplicia, ut familiae ercisc. communi dividundo et finium regundorum, quia in illis utrinsque partis eadem est intentio, sc. ut divisio et declaratio partium fiat. Quia tamen omnino necessum est alterum tenere locum actoris, alterum vice rei fungi, hinc ita comparatur, ut loco actoris in judiciis duplicibus habeatur is, qui primus ad judicem provocat, alioqui sors actorem decernat. *l.* 13. *et* 14. *de judiciis.* * Alibi

(g) *Pos.* 25. *et seqq.* (h) *Pos.* 31. *et seqq.*

* Secus Jure nostro obtinet, ubi quoties in duplici judicio uterque simul ad judicem provocat, ipsius arbitrio, citra sortem determinatur, quis pro actore, quis pro reo sit habendus, *LR. L.* 1. *art.* 61. Carpzov, *Proc. t.* 4. *art.* 1. *n.* 47. *seqq.* Declaratus autem hoc modo actor, adversarii turbationem et suam possessionem probare tenetur. §. 4. 1. *h.* 1.

haec Judicia duplicia, pari seoso, mixta vocautur. *l.* 37. §. 1. *de obligat.* Moribus hodiernis interdictorum vice funguotur Mandata vel Maodameota Coriarum supremarum, * Zypae. *notit. jur. Belg. lib.* 2. *tit. de caus. possess. et propriet.* et quaoquam omne judicium possessorium hodieque momeotaneum habetur, quoad ordinem tamen procedendi, vel summarium dicitur, vel ordinarium. Illud appellant, io quo non servato juris ordine absqoe jodicii strepitu proceditur, per modum, ut volgo loquootur, provisionis. Ordinarium, io qoo solemoi solitoque modo, adhibita plena eausae cogoitiune proceditur. Gail. 1. *observ.* 7. *n.* 5. Voet. *ad h. tit. in fin.* Si eoncorrsot petitoriom et possessorium, hoc prius termiosodom est, adeo ut petitorio quoqoe inehoato regredi liceat ad possessorium, tam jure civili, *l.* 18. §. 1. *de vi* quam canonico. *d. cap. significaverunt* 36, Unde manifestum, qui eooveotus est possessorio, eum recooventionem de proprietate oollo modo instituere posse; nec aliter usus fert.

S c h o l i u m.

Hoc unde *non intelligo. Et moribus nostris sane conventus in possessorio, alterum de proprietate reconvenire potest, quinimo nec separari quidem a volentibus potest causa possessorii et petitorii, sed coram quo Judice illud ventilatum, coram eodem et hoc intentari debet, quod et juri Civili et Canonico est consentaneum, per ea quae habet* Carpz. l. 1. resp. 74.

R e s p o n s i o.

Illud uode *habet hunc nexum, Possessorium prius terminandum petitorio. Conventio et Reconventio pari passu finiri debent. Ergo possessorium et petitorium non possunt Conventione et Reconventione cumulari. Nec aliud in foro nostro servatur. Videbimus* ad tit. ff. De quib. reb. ad eumd. jud.

N. A o o i t.

Haec jam bene se habent. Cum enim istud Scholium scriberem, cogitabam de reconventione Saxonica, cujus a civili, de qua Autor loquitur, plane diversa est ratio Conf. Scholium ad tit. ff. De quib. reb. ad eumd. jud. eator. o. 6.

TIT. XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

I. Continuatio, et quid temerarii Litigatores. II. De jurejurando calumniae. III. De poena pecuniaria temere litigantium. IV. De Infamia. V. Quid in jus vocatio, et quomodo olim facta. VI. Qui in jus vocari non possunt.

(a) Ne quis potet e relatione tot actionum, vixosam esse jurisprudentiam, quod ab imperitis aut a malevolis illi objicitur, monet Imperator, magnam curam egisse eos, qui jura sostinebant, ne facile homioes ad litigandum procederent. Non improbat Praetor ejus factum, licet aliquando παραδοξότερον, qui tanti haboit re cavere, ne propter eam saepius litigaret: haec enim vereconda cogitstio ejus qui lites execratur, ooo est vituperanda, est ἐπίκρισις Ulpiani in *l.* 4. §. 1. *de Alienat. jud. mut. c.* Porro ne quis hano adseverationem rei ipsi adversam calumnietor, in hoc eapot congessit Imperator modos mediaqoe eoercendi litigantium temeritatem. Sunt autem Temerarii litigatores, qui sine probabili eausa litigant, quod fievi potest ut uterque faciat, si qoaestio sit anceps vel obscura; sed ut justam uterqoe eausam, vere et in puocto, ut ita loquar, babeat, hoc fieri noo potest, uti mox.

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

* Et jam in Curiis Provincialibus Saxoniae, interdictorum vice funguntur inhibitiones, quae sunt Mandata poenalia, quibus Magistratus imploratus possessionis momentaneae turbatorem sub poena 50. aoreorum Rhen. a turbatione jubet desistere, addita tamen clausula justificatoria. vid. *Res. Grav. d. ann.* 1609. *gr.* 9. conf. Carpz. *Diss. de Inhibitionib.* Berger. *Elect. Proc. Possessor. l.* 6. *p.* 78. *seq.* Inhibitionis necessaria requisita sunt, judex immediate competens; mooitorium, et interdum excitatorium praecedens; causa inhibitiva, v. *Res gr. d. l.* clausula justificatoria, et insinuatio per nuncium juratum facta. Effectus illius iohibitionis vel paritionem, vel justificationem injungit. Paritio plenaria legitime et in continenti probata, ansam dat cessationi inhibitionis. Justificatione suscepta, et possessione inhibiti certá deprehensa, cassatur iohibitio; si illa dubia sit, haec in vim simplicis citationis resolvitur. Cum vero impetrantis possessio certa sit, inhibitio confirmatur, *bleibet die aus gebrachte* Inhibition *bey Kraften.* Menck. *d. l. th.* 43. *seq.*

2 (b) Poenae temere litigantium, sive potius modi illos coercendi, sunt tres. Jusjurandum, poena pecuniaria et infamis. Jusjurandum huc pertinens vocatur CALUMNIÆ quod praestat Reus, Actor et Advocatus. *Actor jurat* se ad litigandum procedere, quod putet se justam habere causam, non onm animo vexandi, nec quidquam hoc animo esse facturum. Reus jurat se ad contradicendum accedere, non animo tergiversandi, sed quod putet se justa usurum instantia δικαίαν ἀντίῤῥησιν εἶναι, *justam esse contradictionem suam*; addit uterque, se nihil corrumpendi causa dedisse vel daturos; denique jurat advocatus, se quoque putare causam sui clientis esse bonam, sin aliter deprehendat, eam se deserturum. §. 1. *h. l.* 2. *et authent. subject. C. de Jurejur. propt. cal.* Hoc jusjurandum comitabatur litis contestationem, *d. l.* 2. *Nov.* 49. *c.* 3. cumque simpliciter ad judicium illa requiratur, dicendum est, ejus omissione processum vitiari, per *d. l.* 2. *in pr. et* §. *sed quia veremur.* adstipulante Donello 24. *comm.* 3. et Gudelino *de jure noviss. c.* 8. *in fin.* licet aliter fere pragmatici dissentiant ex sententia juris Canonici. *capite* 1. *de juram. cal. in* 6. Sunt etiam, quibus plane displicet; denique ubi in desuetudinem abiit: * adversus quos disputat Sandius noster in *lib.* 1. *decis. tit.* 9. *defin.* 1. Hoc sane utilissime receptum aut recipiendum est, ut, qui temere eo sint usi, pro modo exempli mulctentur aut puniantur, ut idem Sandius tradit, *eod. tit. defin.* 2. quanquam alioqui verum est, hoc genus jurandi magis esse opinionis quam assertionis; ut ex formula modo relata apparet, nec perjurium dici posse continuo ac aliquis non obtinuerit; nec quidem id esse verum, quod vulgus putat alterutrum necessario esse perjurium, quando factis discrepantibus colliduntur. In foro nostro, non initio litis praestantur hoc juramentum, ut jure civili cautum, sed post litem contestatam, quando partes ad probandum admissae, sibi invicem interrogationes proponunt, ad quas mutuo respondere debent; quae interrogationes cum alibi, nominatim in Hollandia, cessent, ** consentaneum est, ibi quoque jusjurandum hoc non habere locum, ut testis etiam est D. Voetius ad *hunc* §. 1. *n.* 3. Advocati apud nos et in plerisque foris jurant, *** quando nomina eorum matriculis curiarum inseruntur, semel, nec alias unquam, etsi in aliquibus foris Sacramenta quotannis renovantur, in nonnullis etiamnum pro singulis causis, teste eodem *n.* 8. Caeterum, est aliud jurandi genus, quod et

(b) *Pos.* 3 *et seqq.*

* Ita apud nos Juramentum calumniae generale dudum in usu esse: desiit, † vid. *O. P. S. T.* 33. verb. *Obwohl das* Juramentum calumniae generale *in unsern Landen nicht breuchlichen.* Conf. Carpzov. *P.* 1. *C.* 12. *d.* 21. Nicol. *Proc. P.* 1. c. 39. *n.* 5. Philipp. *Confid.* 1. *ad d. Tit.* Bachov. *ad Treutl. Vol.* 1. *disp.* 21. *th. lit.* e. Advocati tamen in judicio Mercaturio Lipsiens. secundum *Ord. Jud. Merc. Lips. tit.* 4. juramento obstringuntur, quod juramentum calumniae fere continet; nec multum ab hoc recedit juramentum malitiae speciale, quoties ab initio litis injungitur, vid. *Decis. El.* 70. §. *befehlen.* cujus exemplum habet Rivin. *spec. Except. Dilat. c.* 33. *pag.* 194.

† Sed revocatum est in usum quoad actores pauperes, qui postquam Judici de probabili litigandi causa fidem fecerunt, praeter juramentum paupertatis, jurant; se certo certius credere, justam sibi esse litigandi causam, neque se ejus litis nomine quidquam dolo malo fecisse, neque durante lite quidquam tale facturos esse; *O. P. S. E. I. et E. Tit. I.* §. 10. Haec Juramenta et paupertatis et malitiae, praestant Minores ipsi, si decimum octavum aetatis suae annum impleverint, reliquorum minorum, ut et furiosorum menteque captorum et similium Tutores et Curatores, sed hi paupertatis juramentum catenus, curandorum suorum bona ad solvenda ea, quae et Judicio et Advocato debebuntur, haud sufficere. Tutores et Curatores causas suorum negligentes, ut ab horum juramentorum praestatione maneant immunes, Tutelae et Curatelae judicio tenebuntur. *O. P. S. E. I. et E. Tit. I.* §. 11.

** Cessant etiam in Saxonia interrogationes et responsiones mutuae, adeoque et juramentum dandorum et respondendorum, Schilt. *ad Inst. tit. de Offic. Judicis, n.* 37. Richter. *P.* 1. *dec.* 119. *n.* 5. Carpzov. *Proc. tit.* 10. *art.* 3. *n.* 1. Strych. *Us. Mod. ff. Lib.* 11. *tit.* 1. §. 40. ubi §. 42. ostendit, extra Saxoniam in Marchia, Wurtembergico, Tribunali Wismariensi, aliisque Germaniae judiciis, interrogationes ac positiones hujusmodi adhuc esse usitatas. conf. Koch. *Prax. for. Germ. p.* 4. *c.* 16. §. 2. Menck. *ad O. P. S. tit.* 11. *th.* 17. *seq.*

*** Idem apud nos obtinet, ubi, qui ad Praxin accedere cupiunt, impetrato a Facultate Judicial. Lipsiensi, aut Vitembergensi, testimonio, juramentum justitiae praestant, vid. *Mand.* Joh. Georg. III. *Dippoldisw. de an.* 1691. §. *Ob auch wohl zum achten.* verb. *zur* Justiz *nach einer gewissen zu solchen Ende verfertigten Notul vereyden lassen.* Non tamen hoc juramentum ab iis exigebatur, qui Licentiae aut Doctoralem Gradum Juris sunt adepti, *d.* §. verb. *ausser denen graduirten Personen.* cum ii plerumque jam justitiae juramentum praestitissent. Adde *Leipz. Handels-Ger. Ordn.* n. 4. *p.* 32. Item, *Leipziger-Ober Hof-Ger. Ordn.* rubr. *Eyd der* Advoc. *Wittenb. Hof-Ger. Ordn.* rubr. *Eyd der* Advoc. Novam jurisjurandi Advocatorum formulam, quam quae in ordinationе processus continebatur praescribit *novissimum* Reg. nostri pot. *mandatum wegen der Advocaten in Lande An.* 1723. *d.* 12. *Ap.* ab omnibus, qui patrocinium clientum forense suscipere, cupiunt, recitandam. Nec a necessitate hoc sacramentum praestandi, amplius eximuntur Doctores ac Licentiati. *d. Mandat.* §. 4.

litigantes et Advocati saepe, prout quaeque res incidit, in omni parte judicii praestant, MALITIÆ * a Pragmaticis dictum; quod sine dubio a jurejurando Calumniae, quemadmodum id a Justiniano praescribitur, discrepat; dissentiente D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 2. tametsi nihil vetat hoc etiam calumniae appellari, ut in specie simili factum videmus ex *l.* 8. §. 5. *Qui satisd. cog.* nec aliud esse potest juramentum calumniae, quod secundum Jus Canonicum in quavis parte judicii deferri potest. *cap.* 2. *de jurejur. cal. in* 6. Imo nostra, quae ad positiones factorum inter litigantes celebrantur, revera nihil sunt aliud quam malitiae juramenta. Proinde juramentum malitiae solide quidem differt a jurejurando calumniae, quod Justinianus introduxit, non differt usquequaque a juramento calumniae quod et olim in usu fuit *d. l.* 8. §. 5. et quod hodie omni die servatur, nisi quod ita Pragmaticos loqui videmus, ut juramenta, quae probationes factorum totius causae comitantur, appellent calumniae, reliqua de incidentibus negotiis malitiae.

3. (c) Alter modus coercendi temere litigantes, est poena pecuniaria, quae primo usum habet in omnibus Judiciis poenalibus. Dein specialiter in his, ubi lis infitiando crescit in duplum, de quibus in §. *ult. supra de oblig. quae quasi ex contractu nascuntur.* Tertio in eo, quod victi damnantur in impensas, ††††† etsi non fuerint petitae, † modo non adfuerit probabilis causa litigandi, quae poena successit in locum decimae litis, quae olim temerariis litigatoribus infligebatur §. 1. *in fine, et l.* 13. §. 6. *C. de judiciis.* Tamen Justinianus decimam litis deinde in usum revocavit, *N.* 112. *c.* 2. *in pr.* non abolito interim jurejurando calumniae; sed hoc addito, ut decimae cautio fiat satisdato vel jurato. Cujac. *expos. d. N. et N.* 69. Sed hodierna praxi haec decima litis est sepulta Zypae. *notit. jur. Belg. tit. de juram. cal.* ** Diximus in impensas condemnari victum etsi non fuerint petitae, idque ex *d. l.* 13. satis probari videtur adstipulante D. A. Matthaeo *Disp.* 6. *de juidic. th.* 17. At doctores vulgo aliter sentiunt, eodem teste,

(c) *Pos.* 7. *et seqq.*

* Hujus in Saxonia quotidianum fere usum esse, satis apparet ex *Ord. Pr. Sax. Tit.* 18. §. *Nachdem.* Tit. 33. *Dec. El.* 70. atque hoc a Judice implorato, aut etiam ex officio, justis ex causis, modo parti, modo advocato, interdum etiam utrique, imponitur. *Res. Grav. d. An.* 1653. 1657. *gr.* 24. in primis, quando testes peregrini litis protrahendae causa † produci videntur; *O. P. S. t.* 23. verb. *ehe und zu vor ihm die Compass. Briefe ertheilet, das* Juramentum Malitiae, etc. aut contestatio frivole interposita creditur, *O. P. S.* t. 35. §. 4. aut quoties tertia, vel quarta dilatio probatoria petitur; ††. *O. P. S. t.* 20. §. *Wir lassen.* aut eum quis protelandi animo intervenisse creditur; *O. P. S.* t. 15. §. *un.* aut cum pauperes litigant, ††† a quibus non raro exigitur. Et in genere †††† imponendum est, quando litem protrahendi animo pars aliquid petit. *O. P. S. t.* 33. verb. *Wenn, und so oft sie vermercken, dass etwas von einem oder andern Part, zu vorsetzlichem Verzug der Sachen, vorgebracht oder vergenommen wird.*

† Hoc casu per novissimum Jus non pars modo, sed advocatus quoque, pro re nata, juramento malitiae obstringendus est. Detrectantis juramentum poena, partis equidem est mulcta intra decem et viginti uncialium summam consistens; advocati autem suspensio a praxi trimestris. Tale juramentum etiam exigere licet ab iis, qui non peregrinos, sed plures tamen in diversis nostrarum regionum locis commorantes, super uno articulo aut circumstantia produxere. *O. P. S. E. I.* et *E. t.* 23. §. 1.

†† Novissimo Jure, quotiens altera, aut a minore aliisve, qui Restitutionis in integrum beneficio gaudent, si tertia dilatio petatur. *O. P. S. E. I.* et *E. t.* 20. §. 3. et 4.

††† Quid circa hos acturos noviter constitutum, supra monuimus ad not. * p. 469.

†††† Adde speciem, si in petitione editionis documentorum ab adversa parte vel tertio faciendae, doli quid inesse suspicatur judex; quo casu, vel partem, vel patronum causae hoc jurejurando obstringere potest. *O. P. S. E. I.* et *E. tit.* 26. §. 1. Confer. *Tit.* 33. §. 1. et 2. ubi leuterationes contra delatum malitiae juramentum plane improbantur; si appellatum fuerit, judex a quo rem ex officio ad judicem ad quem deferet; sumptus feret appellans, et poenam, si gravamina fuerint nullius ponderis aestimata, V. X. aut amplius, talerorum. Super appellatione Judici inferiori juramentum malitiae deferre non licet, quod in judicis superioris pro se nata est potestate.

††††† De quarum cum judicialium tum extrajudicialium immodica quantitate, cum homines ubique fere sint conquesti, per publicam Legem *durch die besondere Tax Ordnung*, modus iisdem est impositus, omnibus simul statutis, pactis conventis, et consuetudinibus contrariis penitus abrogatis. *O. P. S. E. I.* et *E. Tit.* 36. §. 1.

† Jure Saxonico Electorali, temere litigantes quidem ex officio etiam in expensas condemnari possunt, *O. P. S. t.* 36. §. *So wollen wir* verb. *Da es ohngleich nicht gebeten wurde, doch zu des Richters Ermassigung.* re. Carpz. *P.* 1. *C.* 31. *d.* 20. tutius tamen est, partem expresse petere, ut adversarius in expensas condemnetur, *ob d.* §. verb. *auf Gegenparts Bitt und Begehren.* cum, praevia hac petitione, judex expensas non facile compensare possit, sed victum ad earum restitutionem adigere teneatur. Carpzov. *Proc. t.* 24. *art.* 1. *n.* 32. Zigler *ad d. t.* verb. *auf des Gegenparts Bitt und Begehren.*

** Etiam in Saxonia, ubi expensae decimam litis saepissime excedunt. Solet autem apud nos, quoties pars victa in expensas totius Processus condemnatur, terminus praefigi † ad procedendum super liquidatione, quae,

aliterque in foro servatur, teste Gail. 1. *observat.* 51. *n.* 21. unde recepta libelli clausula, *cum expensis*; qua omissa, nostrae quoque Curiae Δικαστόλαιν nihil de expensis adjudicare, mihi compertum est. Caeterum, nemo condemnatur in expensas nisi qui temere litigaverit, *l.* 79. *de Jud.* quod, ut initio diximus, utrimque abesse potest; facile enim fit ut homines et in jure et in facto aliquid fugiat, l. 2 et *l.* 9. *de jure et f. ignor.* alioqui Justitia positive καὶ ὡς ἐν ἀτόμῳ accepta, non posse causam utrimque esse bonam, res loquitur. Grot. 2. *de J. B. et P.* c. 23 *n.* 13. Quis sit, aut quis non sit temerarius litigator, in universum finiri non potest, ideoque judicis arbitrio id relinquendum est. *l.* 1. §. *ult. de jure delib.* Sane quod Alciatus scripsit ad *L.* 1. *de Reb. cred.* eum, qui celebris alicujus JCti judicio sublevatus fuerit, non esse temerarium litigatorem; id ex iis est, quae plerumque sane ita sese habent, per se tamen necessitatem Juris judici non praescribunt; utique locum non habet, ubi quis ad impensas et id quod interest se obligavit; proinde nec id ita simpliciter in foro servatur: Zypae. *notit. jur. Belg. tit. de Legib.* Absolvunt a temeritate, non tantum obscuritas facti, sed etiam juris ambigua interpretatio, ut in utraque tamen reo facilius quam actori ignoscamus. *l.* 125. *de R. J.* Quod si pro parte justa fuerit causa, pro parte injusta, vel prorsus non, vel saltem non in omnes damnandum esse victorem ratio docet. Et jurejurando adversarii condemnatum, semper in impensas damnandum, vulgo quidem placuit, at recte displicuit * D. A. Matthaeo, *Disp. de Judiciis. XI. n.* 40. utique non indistincte, et D. Voetio ad *h. t. et* §. *n.* 11. Cessat etiam condemnatio in expensas, cum ex consensu utriusque litigatoris causa judicio disceptatur, *arg. Nov.* 112. c. 2. cum fiscus succubuit, Cujac. *in par. C. de sportul.* cum Episcopus, *Nov.* 123. *cap.* 28. tenuiores, ** *Nov.* 17. *cap.* 2. nec non illi qui cum his litigant, *l. ult. C. de fruct. et lit. expens.* ubi Giph. *in comment.* Item, qui cognatione aut adfinitate victori sunt juncti. *per l. pen. de jur. dot. l.* 22. *de Re Jud.* Denique novus in Jure casus datur, ἐκ παραδόξου, quo victor ipse victo in impensas damnatur, si absens ex contumacia causam obtinuerit. *d. l.* 13. §. 2. *versic. sin autem C. de judic.* ***

4. (d) Sequitur tertius contra temerarium litigatorem modus, INFAMIA, quae definitur, laesio existimationis, per quam quis honestorum virorum numero ob vitae turpitudinem eximitur. *l.* 8. *C. Ex quib. caus. infam. irrog. l.* 2. *C de dignitat.* Ab hac, ignominiam ita distinguunt, quod omnis infamia sit quidem ignominia, non contra omnis ignominia infamia. D. Wissenb. *ad tit. D. de his., qui not. infam.*

(d) *Pos.* 11

una cum citatione, ei transmittenda est, Svendendorfer. *ad Fibig. Proc. p.* 925 quo facto liquidationem sequitur Judicis moderatio. *Id. l. c. P.* 927. Unius autem vel alterius termini expensas judex moderatur, licet pars ad earum liquidationem non responderit. Carpzov. *P.* 1. *C.* 31. *def.* 5.

† Quod et novissimo Jure licet; addenda tamen citationi commiosio, citato non comparente, aut non respondente, ex officio decretum iri, quo in casu, neque sumptus in leuterationem, aut appellationem post sententiam definitivam facti, nisi in sententiis super illis latis leuterans, aut provocans, in expensas retardati processus simul sit condemnatus, neque ii, quos ille, cui sunt instituendi, sua mora aut contumacia, ut fierent, effecit, sunt computandi. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 56. §. 4.

* Imo sicuti, quoties utraque pars probabilem litigandi causam habuit, expensae plerumque compensantur, ††. *c. d. Tit.* 36. *O. P. S.* ita, inprimis quoties condemnatio ex juramento Actoris suppletorio secuta est, expensae ei non facile apud nos adjudicabuntur. Carpzov. *P.* 1. *C.* 31. *def.* 26. *seq.* Sed nec Actor, tanquam temerarius litigator eas refundere jubetur, licet reus, praestito jurejurando, super causa principali delato, ab actione absolvatur, siquidem Actor, praestito calumniae juramento, temeritatis suspicionem a se quodammodo removit. Carpzov. *P.* 1. *def.* 46.

†† Parcius tamen impensae novissimo jure sunt compensandae: nec ex ea unice ratione, quod inter propinqua cognatione conjunctos, inter Dominum jurisdictionis et eidem subjectos, inter Parochum et Parochianus lis sit disceptata. Compensandae omnino sunt ob Juramentum judiciale delatum et praestitum, item praestito Suppletorio aut purgatorio, ita tamen, si jusjurandum ipsam Causam aut praecipuam Exceptionem concernat. Si super uno alterove puncto aut articulo juratum, si juramentum delatum nec praestitum, aut relatum et a deferente praevio Malitiae juramento praestitum, in refundendas impensas pronunciandum est *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 36. §. 5.

** Apud nos paupertas ab expensis non liberat, sed pauper, qui frivole litigavit, si expensas praestare nequeat, carcere coercetur, Svendend. *ad Fibig. p.* 79.

*** Merito hunc casum *l.* 13. §. 2. *C. de judic.* inter paradoxa juris refert Dn. Autor, ac vix est, ut in Saxon. hujus legis, hac ex parte, usus obtineat, cum haud facile possit contingere, ut pars contumax victoriam nanciscatur, ob poenas contumaciae *O. P. S.* t. *X.* definitas. Imo, licet pro Leuterato aut Appellato una comparente, judex, qui appellantis aut Leuterantis gravamina videt esse inania, sententiam ferat, ipsum tamen, ob absentiam, in expensas non poterit condemnare. *a. d. T. X. f.*

th. 1. Atqui passim pro infamia poni ignominiam cernas. in *l.* 2. *d. tit. etc.* Imo in *l.* 20. *eod.* Laesio pudoris opponitur ignominiae, adeoque ignominiam pro ipsa juris infamia necesse est illic sumi. Vulgo duplex statuitur Infamia, Juris et Facti; quarum illa vi legis, altera ex opinione gravium et prudentium virorum proficiscatur. Haec quidem non est usus in Jure nullius ut apparet ex *l.* 2. *de obseq. parent. et patr. praest. l.* 27. *C. de Inoff. testam. l.* 20. 21. *et l.* 22. *de his, qui not. infam. l.* 13. *l.* 17. *et l.* 19. *C. ex quib. caus. inf. irrog.* sed de priori hic tantum agitur. Quae vel immediate ex lege, vel sententia interveniente, vel denique pacto oritur; quae tria genera recensentur in *l.* 1. *D. de his, qui not. infam.* et explicantur a Donello 18. *comm. c.* 6. *et seqq.* Exempla, quae hic in §. 2. habentur, furti, rapinae injuriarum, de dolo, pertinent ad tertium genus; qui enim damnati vel pacti sunt ex his causis, fiunt infames, idque ideo, quod pacti pro confessis habentur. Atqui in *l.* 7. §. 14. *D. de Pactis.* de furto paciscei lex permittit, est scriptum; sed respondeo ex *l.* 6. §. 3. *D. de his, qui not. infam.* paciscì licet precibus sine pretio, sed qui pecuniam dat, ille demum fit infamis. Adde, etiam ante litem contestatam; nam post litem contestatam proibet SCtum Turpilianum; sc. si criminaliter agatur. *l. ult. de Praevar. l.* 1. *de bon eor. qui ant. sent.* Praeterea in §. 2. *h. t.* sunt quatuor contractuum actiones, Tutelae, Mandati, pro Socio Depositi; in quibus contractibus propter exuberantem bonam fidem, qui de dolo damnantur fiunt infames, si proprio nomine directisque actionibus sint damnati. §. 2. *h. d. l.* 1. *de his, qui not. infam.* Vetus haec fuit Romanorum disciplina, ut haec judicia famosa haberentur; teste Cicerone *pro Cecin. in narrat. Qui per tutelam,* inquit, *aut societatem, aut rem mandatam, aut fiduciae*, hoc est depositi, *rationem fraudavit, etc. est turpe judicium.* Ratio, quod in his contractibus fidei maximum vertitur officium, cujus non servatae conspicua turpitudo est; Sed tria requisita, quae concurrere debent, ac modo sunt obiter collocata, pressius inculcanda videntur. Primo requiritur, ut de dolo Reus sit condemnatus et de perfidia, *l.* 6. §. *ult. de his, qui not. infam.* §. 6. *Inst de susp. Tut.* nisi quod lata culpa pro dolo habeatur, ita ut disputavimus ad *d.* §. 6. Et de hac lata negligentia velim intellectum Ciceronem in *orat. pro Rosc. Etiam negligentia*, inquit, *in crimen mandati judiciique infamiam revocatur. etc.* Neque turbant ejusdem verba in *ead. Orat.* paulo ante ubi, *In minimis rebus*, ait, *qui mandatum neglexerit, turpissimo judicio condemnari necessum est.* Intellige negligentiam latam, sine discrimine, res parvae sint an magnae. Alterum est requisitum, ut Reus proprio nomine sit condemnatus, *l.* 1. *et l.* 4. §. *ult. d. t. de his, qui not. infam.* quae est addita conditio, ne procuratores, adversus quos sententia fertur, ut et tutores atque curatores, infamiae notam incurrant. *l.* 6. §. 2. *eod. tit.* Cujus quidem instituti ratio non est obscura; sed non aeque expeditum, quare dominus litis hoc casu non fiat infamis, et cur ille dando procuratorem justissimam infamiae notam evitet, ut eum facere, ex *dd. ll.* et ex *l.* 2. *de obseq. parent. et patron.* cognoscitur. Eadem *l.* 2. suggerit responsionem, quando monet, dominum, licet aliter fieri non potuerit quam ut verbis Edicti non notaretur, opinione tamen hominum et quidem gravium virorum, adeoque re ipsa, non effugere ignominiam. Denique directis actionibus oportet esse condemnatos qui fiant infames, non contrariis, et ratio in *d. l.* 6. §. *ult.* redditur, quod in contrariis actionibus non agitur de perfidia, sed tantum de calculo restituendisque impensis. Hactenus de contractibus famosarum condemnationum.

DE ANTIQUO MORE VOCANDI IN JUS.

5. (e) In §. *ult.* Res fugitiva, ut more Cujacii loquamur, id est ad Rubricam non pertinens, tractatur, scil. de principio Judicii, quod est in jus vocatio; sumitur enim Judicium late vel stricte. *Late* capit initium ab in jus vocatione, et desinit in executione. Stricte incipit a litis contestatione, et desinit cum sententia, quae est ultima judicis de lite pronunciatio, continens vel absolutionem Rei vel condemnationem certam Actoris aut Rei. *l.* 1. *de re jud.* (hoc obiter; nam alibi locus erit de his rebus ex professo agendi.) In jus vocare, de quo hic agitur, est vocare adversarium ad eum, qui jurisdictioni praeest juris experiundi gratia. *l.* 1. *D. de in jus vocando.* Olim fiebat arbitrio et petitione privati cujusque actoris, qui adversarium suum passim obvium in jus vocare et invitum rapere poterat obtorto collo, nisi satisdaret, quod certo tempore se judicio stiturus esset, ut latius *ad Pandect. tit. In Jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.* Hoc operae pretium est inquirere, sitne verum, quod diximus, olim apud Romanos in jus vocationem fuisse factam a quolibet actore privato, cum vi etiam coactiva, si vocatus sequi nollet. Magni enim nominis auctores dissentiunt;

(e) *Pos. ult.*

Robert. 3. *sent.* 1. Donell. *ad l.* 22. *de Reb. cred. n.* 3. et σφόδρα Bachov. *ad* §. 12. *I. de Action.* habentque praejudicium grave contra vulgus sententiae; scilicet gravitatem sapientiamque Romanorum, a qua tumultuarius ille in jus vocandi modus nimium abhorrere videtur. Sunt tamen apud veteres tam evidentia moris ejus vestigia, ut sine vi manifesta interpretationis haec veritas negari nequeat; nihilominus, ut libens concedam, inter honestos et homines gravitatem professos, hoc coactionis institutum non fuisse usitatum, verum illos aut ultro esse secutos, aut civile laxamentum sibi mutuo indulsisse, vel si quis importunius instaret, dedisse fidejussores judicio sistendi causa. In XII. tabulis sic fuisse scriptum, tradit Gellius *lib.* 10. c. 1. *Manus injectio est, in jus ducito*; et alibi; *Si calvit pedemve struit, manus endo jacito, fragm. XII. tabb.* et, *Si in jus vocat, ni eat, manum injicito.* Cujac 7. *obs.* 16. Ad vivum haec consuetudo describitur ab Horatio *lib.* 1. *Satyr.* 9. *in fine*; Quos versus oportet consideremus. Agit Poëta de homine importuno, qui ipsum in via meditabundum adortus amittere nolebat. *Donec*, ait,

Casu venit obvius illi
Adversarius, et quo tu turpissime? magna
Exclamat voce, et licet antestari? Ego vero
Oppono auriculam; rapit in jus, clamor
utrinque.
Undique concursus; sic me servavit Apollo.

Sic ab illo me expedivi, ait Poëta. Quod testimonia Terentii et Plauti rejicit Bachovius, non est quod multum refragemur, quia Comoediae illorum fere sunt Graecae, moribusque Graecorum accomodatae, tametsi Bachovius hac ratione, quod sciam, non utatur, sed Comicorum Poëtarumque auctoritatem Justiniano objici non patitur: Quod equidem in comparatione autoritatis Legislatoriae quis neget? Verum de historia seculi illius si agatur, nihil causae video, cur hominibus eorumdem temporum neganda sit fides eorum quae viderunt; Enimvero id facile animadverti potest, sitne Poëtica licentia fingendi, an ex hypothesi moris recepti loquantur: quod de istis Horatii versibus non potest, quin omnino sit dicendum. *Casu venit obvius illi Adversarius*, inquit. Ergo sine ullo Praecone vel antecedente citatione fortuito occursu, modo Praetor sederet, privatus a privato vocari potuit. *Et quo tu turpissime? Magna exclamat voce.* Videmus, quomodo faex populi hunc morem privatae vocationis exercuerit, indigne saepius et proterve, non secus apud Lucianum, in φιλοψ. et alibi; Εἰλήφαμέν σε, ὦ κατάρατε, etc. ἴτω μιαρὲ πρὸς δικαστήριον; etc. Sic alias apud Comicos cum lenonibus et id genus hominibus agitur, quod alii cives et ordines honoratiores sine dubio procul habuere, si modo semper; Nam ex Suetonii Augusto *cap.* 38. colligi posse videtur, equites Romanos in solemni transvectione equestri coram Censoribus, saepe detractos fuisse ab iis, qui in jus eos vocarent; siquidem Augustus id prohibuit. Imo diserte, id antea fieri solitum, affirmat Suetonius. *Et licet antestari.* Ea Lege XII. Tabb. Antestatio cum in jus vocatione conjuncta esse debebat, hoc est Actor, (sic dictus, si credimus Theophilo ad *pr. Inst. de Action.* παρὰ τὸ ἄγειν τοὺς ἀγομένους ἐπὶ τὸ δικαστήριον, *ab agendis ad tribunal reis*, quae licet falsa etymologia, tamen et hanc consuetudinem adseverat.) Actor, inquam, reum obvium in jus vocans testes adhibebat, quos vel ea gratia secum sumpserat vel casu praesentes requirebat, Etenim si intestato fieret vocatio, non poterat Actor reum deinceps in id quod interest convenire, qualis actio prodita est *in tit. D. In jus vocati ut eant*; siquidem Rei praesciam probare non poterat. Antestari autem ab *ante* et *testari* dicitur, προδιαμαρτυρηθῆναι; quia fiebat antequam Reo manus injicerentur, ut probat Cujacius 7. *observat.* c. 16. licet in XII. T. ita fuerit, *manum injicito, encapito antestari*: sed res loquitur, testes prius fuisse rogandos antequam tumultus rapiendi oriretur, idque locus Horatii noster indicat, et forte vocabulum *encapito*, id est, *incipito. Ego vero appono auriculam.* Moris erat, ut qui testem adhibebat, aurem ejus contrectaret. *Lex* Bajuvaria; *Testis*, inquit *per aurem trahi debet*, Cujac *ibid.* haud dubie, ut hoc signo admoneretur rem gestam memoriae committere. Ait igitur Poëta, se fortuito praesentem adhibitum fuisse testem in jus vocationi praemissa rogatione actoris, *et licet antestari?* Sequitur; *Rapit in jus*; Est actus ipse, cujus gratia fiebant reliqua. Loquitur vox *rapit*, quam placide ea vocatio sit instituta. Idem caetera, quae sequuntur indicant: *clamor utrinque, undique concursus.* Non temere esse videtur, quo Viri Clarissimi dissentientes, in civitate bene morata ejusmodi tumultus quotidianos admodum deformes nec tolerandos putant. Sed, ut dixi, non est verisimile frequenter id accidisse. Nec tamen in ipso jure nostro desunt loca e quibus ille mos probari queat; Nam quorsum alioqui referas, quod est *in l.* 18. *de in jus vocando*; *Plerique putaverunt, nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri.* Et in *l.* 21. *Sed etsi is, qui domi est, interdum vocari in jus potest,*

tamen de domo sua nemo extrahi debet. Textus. qui objiciuntur, sunt inprimis *l.* 5. *de Judic. l.* 9. *C. de bon. autor. jud. possid. l.* 54. *C. de Decurion.* ad quos post alios respendet D. Wisseobach. *Disp. ad. h. tit. th.* 15. Bachevius adhuc triceps argumentum producit ex *l.* 11. *de In jus voc.* ubi ponuntur tres limitationes, quibus remittitur poenale judicium liberte qui patroonm sine venia in jus vocavit. I. Si poeniteat libertum vocationis factae. Atqui, excipit Bachovius, Atrox illa injuria non dilueretur sola poenitentia. II. Si Patronus non venerit; At quemedo petest nen venisse raptus obtorto collo? Inquit ille. III. Excipitur, si patrenus non invitus vocatus sit; at quomodo petest violenter rapi volens? Quibus rationibus non deerit utique in arena, quod respondeamus.

6. In jus vocari possunt qui non prohibentur quidam vero prohibentur penitus. quidam certo modo. Penitus prohibentur magistratus majores, quia nullum erat tribunal ad quod vocari poterant qui funus prosequuntur, qui sacris adsistunt, qui uxorem ducuot, qui in jure atant. *l.* 2. 3. 4. *de in jus voc. nec eos, qui propter loci religionem inde se movere non possunt*, ait *d. l.* 2. *de in jus. voc.* Spectat hoc, ut videtur, ad superstitienem veterum, qui variis hominibus et praesagiis omni die absterrebantur ne ex aliquo loco discederent; ut, si intrasset in aedes ater alienus canis, si anguis per impluvium deciderat de tegulis, gallina cecinerat, si interdixerat hariolus, si haruspex vetuisset, ut apud Terentium est, *in Phorm. Act.* 4. *sc.* 4. aut si lacinia consurgeoti alicubi obhaesisset, quod Neroni omen oblatum iter Alexandrinum impediit, apud Sueton. *Ner.* c. 19. *Qui equo publico in causa publica transvehuntur*; Quod recte Cujacius de solemni transvectione equitum Romanorum accepisse videtur, ut et verba *d. l.* 2. cum notissima consuetudine transvectionis, et locus ille Suetonii modo citatus menstrare videntur; licet displiceat D. Wissenbachio ad *tit. D. de in jus voc. th.* 10. qui cum aliis ea verba de omnibus iis, qui equis publicis in causis publicis vehuntur, intelligi volunt. *Certo modo* prohibentur parentes et patroni, non aliter quam venia a liberis libertisque impetrata, * partim, quia praetor pati nolebat ut personae venerabiles invitae raperentur, partim quia examinandum putabat, forte an Actio famosa, quad non licet, adversus eas institueretur *l.* 10. §. *penult. D. de in jus vocando.* Qui veniam neglexerat, hic aureis 50. mulctabatur, ut dict. ad *ad tit. de Action.* §. 12. Caeterum, de litis contestatione, quae est initium judicii stricte sumpti, (et potest definiri, quod sit inchoatio litis, per intentionem Actoris et contradictionem Rei apud Judicem, qui causam audire coepit. *l.* 1. *C. de lit. Contest.* Cujac. *parat. C. ibid.*) ad tit D. *de judiciis* agendum vid. *supr. de Except. a pr.*

TIT. XVIII.

DE OFFICIO JUDICIS.

I. Quid Judex et jus dicens differant. II. Judicis officium in genere. III. Quale hoc, si aliter ei de facto quam e prebatis constet. IV. Ejus officium pro natura actionis variare. V. Quale in actione noxali. VI. In actione in rem. VII. In ad exhibendum. VIII. In fam. ercisc. et comm. divid. IX. In finium regundorum. X. Distinctio. XI. Divisio. XII. Finis officii judicis.

Ultima Judicium coustituens persoea, est Judex, qui in geeere est vir bonus ad lites decidendas publice coostitutus. Videtur haec definitio sic esse comparata, ut quaslibet Judices, qui in Jure nostro habentur, comprehendat, tam qui cum Imperio et Jurisdictione, quam qui sine Imperio nuda notione funguntur. Sciendum enim, generali vocis usu, etiam magistratus, qui Imperio sunt praediti, judices appellari *l.* 1. *de Judic. Rubr. D. de reb. auct. Jud. possid.* Unde *Majores* Judices in *l.* 32. §. 7. *d. recept. qui Arbitr.* Sed plerumque Magistratus et Judices separantur, *l.* 2. *de. R. J.* Judicumque nomine intelliguntur hi, qui et Judices dati et speciales Judices et Pedanei et delegati appellantur, *l.* 46. *de Jud. l. pen. Jud. sol.*

* Haec venia petitio nec Saxonice nec communi Germanorum Jure necessaria est, cum citationes non amplius privata vi, sed judicis fiant auctoritate. Confer. tamen Schilt. *Ex. ad ff.* 7. *th.* 7. ubi Jure Wiatembergice adhuc veniam in citandis parentibus impetrandam esse docet.

l. ult. de off. Praet. l. 4. *de Tut. et curat. dat. l.* 3. *Ne quis eum, qui in jus voc. l.* 5. *de off. Praes.* adeo, ut Jure Pandectarum nomen Judicis simpliciter positum, de Judiee pedanee intelligatur, qui a praetore dabatur ad causam cognoscendam ferendamque sententiam, sed jure Codicis ipsi Magistratus judicare sunt jussi, l. 2. *C. de Pedan. Jud.* itaque Judex et Jurisdictio fere jam aeque lato pateat loquente rubrica *C. de jurisdictione omnium judicum*, et hoc latiori sensu utimur in praesenti *tit.* Sunt tamen, qui in definitione, quam dedimus, Judicis, non acquiescunt; et primo, quod genus attinet, negant, Judicem esse Virum bonum semper, quod est verissimum: sed non minus est verum Judicem esse debere bonum virum, et in definitione considerandum, qualis esse debeat et qualis praesumatur, non qualis in cute vel intus animo sit. Boni et innocentis viri officio fungi Judicem oportet, ait *l.* 4. §. 1. *Famil. ercis.* Ac rursus; *ad Judicem. id est, ad virum bonum*, interpretatur *l.* 137. §. 2. *de V. O. Arbitratu Judicis quasi viri boni*, ut illé modum verborum imponat. *l.* 17. §. 5. *de Injur.* Non addidimus tamen *Juris Peritus* quia hoc in omni Judice non requiritur: Majores enim Magistratus non necessario oportet esse juris peritos, siquidem errata eorum Adsessoribus imputantur, qui jus illis suggerunt; *l.* 2. *Quod quisque jur. in al.* juncta *l.* 1. *et l. pen. de off. Adsessor.* Nec quidem jure novo haec res aliter se habet, ut apparet ex *N.* 82. *in pr.* Diximus in definitione, constitutum esse Judicem *publice* ad decidendas lites, ut ab arbitro distinguatur, qui partium compromisso ad instar judicis eligitur. *l.* 1. *et l.* 3. §. 1. *de recept. qui arbitr.* Manifestum autem est, iis verbis tam eos, qui immediate a summa potestate, quam et eos qui a magistratibus judicandi potestatem accipere solebant esse comprehensos; de quibus utrisque latius ad *tit. D. de Jud.* A. Matth. *disp.* 3. *de judic. th.* 3. *et seqq.*

2. (a) Porro judicis officium quod attinet, officii vox generaliter quasi efficium dicitur, *ab efficiendo, quod unicuique personae congruit*, auctore Donato *in Adelp. Terent. act.* 1. *sc.* 1. et Seneca *l.* 2. *controv.* 5. Est officium, facere quod debeas. Proinde Judicis officium est, facere quod Judicem, qua talem, facere et observare Leges praecipiunt; *Judici, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecumque in judicio versantur*, ait *l.* 25. §. 8. *de Ædil. Ed.* summa ejus proponitur in *pr. h. t.* ita judicare, quemadmodum legibus et moribus proditum est. Nam si contra leges expresse sit judicatum, sententia est ipso jure nulla * ut nec appellatione sit opus, *l.* 19. *de Appellat. l.* 4. §. 6. *de Re Jud. l.* 1. §. 2. *Quae sentent. sine appellat. rescind. l.* 2. *C. Quando provoc. non est nec.* si vero contra jus partium sit pronunciatum, vel indirecte contra leges, appellatione rescindi debet. *tot. tit. D. de Appellation.* Ex. gr. Judicatum est, minorem annis 14. recte fecisse testamentum, sententia est ipso jure nulla. Rursus, visum est judici, testamentum recte esse factum, eo quod aetas testatoris satis ipsi probata videatur, valet judicatum donec appellatione rescindatur. Giphan. in *l.* 5. *C. de Legib.*

3. (b) Vetus Quaestio est, quid Judex facere debeat, si aliter ipsi de facto constat propria scientia, quam liqueat ex actis et probatis. Dicendum, tutius esse, ut hoc casu judicando abstineat, quia nec adversus conscientiam judicare religio, nec contra acta atque probata utilitatis publicae ratio permittit; nisi sit judex *ἀνυπεύθυνος, qui rationem judicati reddere nulli cogatur*, qualis nemo est, praeter ipsum Principem, Don. 6. *comm.* 1. Ames 5. *de Consc.* c. 54. *qu.* 5. Brone. 1. *Antin.* 14. Wissenb. *ad h. t. th.* 23. qui respondent ad *l.* 79. §. 1. *de Jud. et ad l.* 6. §. 1. *de off. Praes.*

4. (c) Caeterum Judicis officium pro natura cujusque actionis variat, nec ulla difficultas est, cognita alicujus actionis natura, judicis officium circa illam cognoscendi. Sed non est omittendum hoic, saepe jus actionis et officium judicis inter sese opponi. Jure actionis sive obligationis venit hoc, quod palam inest conventioni et quod in actione exprimitur: Ex officio Judicis, quod natura negotii implicite fert et per consequentiam exigit. Hoc evidens inprimis est in bonae fidei judiciis, de quibus in hanc rem Paulus in *l.* 7. *de Neg. gest. Tantundem in bonae f. judiciis*, inquit, *officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* Exemplum in fine *l. praeced.* habetur; usurae promissae debentur ex jure obligationis et actionis; non promissae, ex officio Judicis in bonae fidei negotiis.

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 5. 6. 7. 8.

* Querela nullitatis, quae jure civili perpetua est, ac triginta demum annis praescribitur, *a. l.* 3. *t.* 4. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* Carpzov. *P.* 1. *C.* 26. *def.* 21. *n.* 10. Jure Saxonico, contra sententiam, intra Terminum Saxonicum a tempore publicatae sententiae computandum movenda est, *O. P. S. t.* 38. *pr.* licet sententia lata Juri sit in thesi, ut loquuntur, contraria. Zigler. *ad d. tit. pag.* 208. Contra decretum tamen (*einen Abscheid, Bescheid,*) aliumve actum Judicialem, nullitatis querela durat 31. ann. 6. sept. et 3. d. Scudend. *ad Fibig. Proc. p.* 914. Carpzov. *Pr. t.* 19. *a.* 3. *n.* 13.

5. (d) Atque boc implicitum adjudioandi munus intelligitur, quando κατ' ἐξοχὴν judicis officium appellamus, eoque potissimum spectant exempla quae in *hoc tit.* reconseutur; in quibus primo quidem innuitur quid judex secundum propriam actionis naturam decernere debeat; sed inprimis hoc agit Caesar, ut doceat, quid eum insuper jubere praestari oporteat. Ita in actione noxali, do qua §. 1. directe quidem reus damnandus est ut damnum sarciat, idque est in obligationn; sed officin judicis continetur, ut reum ooxae deditinne liberum esse praecipiat: oam haec est in praestatiaue, *l.* 6. §. 1. *de Re judic.* tametsi praestatia illa et officium ipsa lege praescribatur, ut alias fit plurimum.

6. (e) In antionibus io Rem, dirente faciendum est judici ut reum absolvat vel condemnet ad restituendum, §. 2. *h.* sed fructus percepti, qui non sunt pars rei singularis, non veniuot in rei vindicationem, sed officio judicis adjudicantur. *l.* 35. §. 1. *de R. V.* Praeterea, quanquam res continuo post sententiam restitunnda sit, potest tameo judex aliquid laxamenti indulgere damnatn ex causa, mndo caveat, et hoc est officii. *d.* §. 2. In personalibus, quibus, in quantitatem fit condemnatio, olim dabantur juati dies triginta, ut erat in LL. XII. Tab. quibus condemnati solutinnem conficerent; hodie spatium quatuor mensium competit liberum ab usuris; intra quod si non solvatur, Usurae maximae, id est centesimae praestantur, *l. ult. C. de usuris Rei judic.* Moribus hodiernis nullum condemnatis laxamentum indulgetur. * In eodem §. fit quoque mentio hereditatis petitionis, in que ferme eadem ratio est, quae in rei vindicatione, tam quod ad rem ipsam, quam quod ad fructus attinet; oisi quod in Rei vindicatione speciali judiois officio fructus veniunt, in hereditatis petitione sub ipsa actionis natura comprehenduntur; quia fructibus augetur hereditas, ideoque petiti censentur, etsi nulla eorum mentio facta sit in libello. *l.* 20. §. 3. *de hered. pet. l.* 1. *C. pet. hered. l.* 35. §. 1. *de R. V.*

7. (f) Eadem ratio est in Actione ad exhibendum, quae datur his quorum interest, ut detur sibi copia rei videndae et explorandae; Jus actionis hoc est, Reum vel absolvere vel condemnare ad exhibendum, si rem teneat et Actoris probabiliter intersit, cum fructibus et eo quod interest et omni causa, §. 3. *h.* ubi nota, quo sensu fructus et id quod interest, etc. nomine *causae* veniant, quatenus *eam causam habere debet actor, quam habiturus esset, si nulla mora facta fuisset.* Denique tempus ad exhibendum petenti negandum vix est, mndo caveat exhibiturum, idque est *officii d.* §. 3. Caeterum est haec actio in personam sed in rem scripta, et datur adversus quemcumque rei possessorem *l.* 3 §. 3. *D. ad Exhib.*

8. (g) De actione familiae erciscundae et communi dividundo, habuimus ad *tit de oblig. quae quas. ex contr.* proprie et praecipue tendunt ad aequalem rerum divisionem, idque secundum praecedentem, si qua sit, conventionem, aut praescriptum Testatoris, qui partes facere potest inaequales, salva legitima vel Falcidia, *l.* 10. *C. Famil. ercisc.* idque tam in oneribus quam in commodis. *l.* 20. §. 5. *D. eod.* Quod si non omnia, sed pars rerum inaequaliter a Testatore divisa sit, in caeteris aequalitas servanda pro virilibus aut hereditariis partibus, *l.* 32. *D. et l.* 21. *C. Famil. ercisc.* quos textus noli putare contrarios esse, ut aliqui volunt, etiam Wissenbach. ad *d. tit. ff.*

SCHOLIUM.

Non puto Autorem viriles, et hereditarias partes hic synonimice usurpare, quod facit Wissenb. ad ff. famil. ercisc. th. 11. *ab hoc enim dissentit in praesenti positione. Sed haec videtur ejus mens esse, hereditarias partes tum esse observandas, si pater liberos inaequaliter instituerit; si minus, viriles, quod probo.*

RESPONSIO

Explicabitur haec res ad Pandectas h. t.

(d) *Pos.* 9. (e) *Pos.* 10. 11. (f) *Pos.* 12. (g) *Pos.* 13. 14. 15.

* Jure Saxon. in actionibus realibus, *in dinglichen Klagen*, item mixtis, et in rem scriptis, ac personalibus quoque, si debita res in specie penes reum in natura extet, e. g. in actione depositi, commodati, quoties reus ad certam rem actori restituendam condemnatus est, eademque existit, injungitur ipsi restitutio quam si intra 14. dies non fecerit, executio suscipitur, ac res mobilia auferter ut actori tradatur, in immobilem ipse immittitur, *O. P. S. t.* 39. §. *nemlich wenn ein Urthel.* Carpzov. *P.* 1. *C.* 32. *def.* 3. Svendend. *ad Fibig. p.* 972. Injungitur autem ipsi restitutio, postquam sententia condemnatoria in rem judicatam transiit, *d. t.* 39. *pr.* ac a parte facta fuit eo nomine imploratio, *d. pr.* In actionibus autem personalibus, *als um Schuld und anders dergleichen*, reo imperatur, ut intra Terminum Saxonicum, a die insinuati praecepti executivi computandum, actori satisfaciat, simulque certus dies praefigitur, quo si solutio intra praefinitum haud facta sit, executio suscipi debeat, *ad Tit.* 39. *O. P. S.* §. *Wenn aber das Urthel auf persönliche* vid. Carpzov. *P.* 1. *C.* 32. *def.* 4. Atque hic terminus etiam in executione ex instrumento guarentigiato attenditur. *Dec. El.* 2. *j. Dec. El.* 12. Carpzov. *d. l. def.* 4. Aliud vero spatium executioni sententiae ob actionem personalem latae, definitum est jure Sax. communi, ubi in *l. R. l.* 2. art. 5. *et l.* 1. a. 70. debiti solutio sub poena executionis intra quindenam, *über* 14. *Tage*, imperatur. Schilter. *Prax. Exerc.* 46. §. 26.

Quod si res aequalem divisionem non recipiant tum causa ad *officium* redigitur, ut fiant *adjudicationes*, per quas rerum inaequalitas per pecuniam ad aequalitatem reducatur §. 4. *et* 5. *h. l.* 52. §. 2. *et l.* 55. *Fam. ercis.*

9. (h) Jus actionis et officium judicis in Actione Finium regundorum, ex definitione illius Actionis colligi potest; Actio autem finium regundorum inter eos datur, qui habent confines agros, ad hoc ut fines veteres declarentur, aut, si id fieri nequeat, novi per Judicem constituantur. In quibus dirigendis saepe fit, ut particula ex unius agro decerpatur, alterique tribuatur et adjudicetur, pro qua tum hic pecuniam alteri solvit, §. 6. *h. tit.* quod inprimis est *officii*. Et haec quidem de his actionibus exempli causa hoc titulo exponuntur, quae latius deducere visum non est, cum heic tantum obiter inciderint; Singularum sedes rerum in Pandectis explicandae sunt. Caeterum, illis adjudicationibus dominium immediate transfertur, §. *ult. h* Ulpian. *tit.* 19. §. 16. aut si res aliena sit, usucapiendi conditio. *l.* 17. *de usucap.* Alioqui per sententias non transfertur dominium, ne quidem in rei vindicatione, sed declaratur tantum in ea, dominium pertinere ad petitorem, per. *l.* 6. §. *ult. de Re judic.* Coot. *dis. jur. cap. de mod. adj. dom.* 12.

10. Ex his quae dicta sunt, intelleximus officium Judicis egredi non debere terminos legis, nec aliter eum posse judicare, quam natura cujusque actionis et obligationis ferat; *νόμοις ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον*, *legibus cognitam edere potest sententiam. Nov.* 26. *cap.* 1. Igitur quando officium ejus vertitur circa civium conventiones, ipse de suo nihil addere potest, verum id, quod inter partes actum est, officium judicis sequi debet; nec Princeps quidem addere potest aliquid aut detrahere juris quod ita partibus quaesitum, §. *ult. supr. de his, qui sui vel al. jur.* eodum Judex, qui Legum solummodo minister est, invitis quidquam obtrudere possit. Atqui non raro Judicis officium, juri, quod ex obligatione vel natura cujusque actionis oritur, opponi videmus. Sic in *l.* 7. *de Negot gest. Tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* Similis oppositio obligationis et officii judicis est in *l. centum Capuae* 8. *D. de eo quod cert. loc.* aliisque sine numero locis, de quibus vid. Brisson. *lib.* 13. *de V. S. verb. officium.* Videlicet, conditio obligationum aestimatur, vel ex eo quod aperte inter partes actum et expressum est, sive quod primo intuitu naturae negotii inesse apparet, vel ex eo, quod tacito partium consensu per aequitatem manifestam obligationi implicitum est: cujus aequitatis ac taciti consensus Judex interpres et moderator est: minime vero credendum, in iis locis, ubi talis oppositio reperitur, judicem egredi vim atque naturam obligationis. In bonae fidei judiciis, de quibus *d. l.* 7. loquitur, haec res indubitata est, nec enim neget quisquam laxitatem aestimationis, quae Judici adscribitur in illis judiciis, oriri ex intima obligationum, unde nascuntur illa judicia, natura, ut ex iis, quae ad §. 28. *supra de Action.* proposita sunt, intelligitur. Saepe etiam extrinsecus ejusmodi singularia occurrunt, quae judicis officium, extra quam inter partes actum est, inducunt; de quibus tamen non sit dubitandum, quin tacite partes consentiant, veluti in *l. ult. de Action. empt.* venditus erat servus, qui in hostium potestate erat: venditio valet, et servus est praestandus, ex vi contractus statim, sed officio judicis continetur, ut praestatio sustineatur donec tradi possit: Quia enim adeo sit iniquus emptor, ut in id non consentiat? Quin hujusmodi extensio obligationis, in stricti quoque juris actionibus aliquando fieri potest: Nam etsi minus ibi judicis interpretationi hac parte indulgeatur, tamen ejusmodi singularia incidere possunt, quae judicem dubitare non sinant, quin etiam tacite inter partes actum videatur, quod verbis non est expressum, ut ex *d. l. centum Capuae*, cujus latior interpretatio non est hujus loci, probatur. vid. D. Wissenbach. *ad tit. ff. de eo quod cert. loc.* Tenendum igitur, vel Judicis officium praecise ad normam Legis aut expressae conventionis esse definitum, vel ex consequenti interpretatione Legis atque conventionis proficisci. Utroque sensu ex lege vel ex conventione esse oriundum; licet etiam utroque sensu obligationi opponatur. Etiam hoc, inquam, judicis officium, quod e lege expressa oritur, obligationi potest opponi, ut apparet in actione noxali; in qua praestatio damni sola est in obligatione, judicis tamen officium est reum quoque ad noxae deditionem condemnare, non equidem suo arbitratu, sed e claro et speciali legis praescripto. *l.* 6. §. 1. *de Re Judic.* Serviet nobis haec observatio non uni explicandae difficultati, quae subinde nobis in Arte Juris occurrent.

11. (i) Nescio, an huc referri possit vulgata officii Judicis divisio, in Nobile et Mercenarium, quae quidem, si terminos verborum consideres, ignobilis et inepta; si rem, non omnino ab Arte Juris abhorrens videtur. Nobile vocent, quod per se subsistit et nulli inservit actioni, sive proprio motu, sive etiamnum ad partis petitio-

(h) *Pos.* 16. 17. (i) *Pos.* 4.

nem Judex id fuerit impertitus; quo referunt, eoodere statuta, punire sontes, restituere in integrum, dare Tutores, et similia. Mercenarium dicunt, quod actiooi institutae aervit, ut decernere citationes, recipere exceptiones, interrogare testes, absolvere; condemnare. Consequenter, ad nobile officium pertineret etiam illa potestas adjudicaodi ea, quae ex implicita actionis natura atque circumstantiis aequitatis, denique taoito partium eoosensu in quoque judicio praestanda veniunt; item, quando judex ea, quae desunt advocatis partium supplet. Defeodit latius hanc divisionem Bachovius *ad h. tit.* Improbant Coras. 7. *miscell.* 9. Voet. *ad pr. h. tit. n.* 3.

12. Sed quomodo finitur Judicis officium? Hic inter Magistratus judicesque datos distinguendum. Ejus officium non potest aliter quam honore finito, idque morte vel tempore extingui; Judicis vero ad unam causam dati officium, finitur morte, *l.* 60. *l.* 32. *et l.* 76. *de Jud.* tempore, si hoc adjectum sit, *d. l.* 32. *et l.* 2. §. 2. *eod.* furore, *l.* 46. *D. eod.* Prohibitione ejus, qui dederat judicem. *l.* 12. *pr. et l.* 58. *eod.* Si quid litigatoribus acciderit, quo judicium inter eos amplius consistere nequeat, *l.* 11. *et l.* 44. §. 1. item excusatione, *l.* 18. *eod. l.* 13. *et tot. tit. de vacat. et excus.* denique sententia. *l.* 55. *de Re Jud.* Quid si Magistratus, a quo judex dictus est, successorem acceperit? Non finitur officium Judicis, *l.* 49. §. 1. *de Judic.* quamquam ita expresse Judicem dare non potest Magistratus, ut tum demum judicet, quando ipse privatus est futurus. Ita nulla pugna *d. l.* 49. §. 1. cum *l.* 13. §. 1. *de jurisd.* secus ac videtur D. A. Matth. *Disp.* 3. *de judic. th.* 17. Caeterum, ad singulas causas si respicias, plerisque jam dictis modis finitur etiam Magistratus ac Judicis perpetui officium. Plura de officio Judicis, vide sis lector in *observ. Pract.* Viri Cl. A. Matthaei Antecessoris Lugdunensis celeberrimi, *cap.* 2.

TIT. XVIII.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

I. Quid Judicium publicum, in quo differat a privato. II. Divisio in capitale et non capitale. III. De crimine laesae majestatis. IV. Poena hujus. V. De adulterio. VI. Poena adulterii. VII. De incestu ejusque poena. VIII. De homicidio. IX. De parricidio. X. De crimine falsi. XI. De vi. XII. De peculato. XIII. De plagio. XIV. De ambitu et repetund. XV. De crimine annonae et residuorum. XVI. Conclusio.

(a) Quae hucusque de actionibus dicta et disputata sunt, ad id genus actionum pertinent, quas hi soli, ad quos ea res vel injuria pertinent, instituunt; quae exinde privata judicia appellantur: postremo loco subjiciuntur publica Judicia, in quibus cuilibet datur accusandi potestas, idque ex lege aliqua publicorum judiciorum §. 1. *h. l.* 1. *D. h. t.* Ejusmodi autem Leges inde nasci videntur, quod nominatim de *graviori* (hac voce occupatur Scholium satis prolixum D. Thomasii ad *Posit.* 2. *h. t.*) crimine latae sunt, ut *Lex Julia* de laesa majestate et adulteriis, *L. Cornelia* de sicariis et de falsis, *Lex Pompeja* de Parricidiis etc. Duobus igitur requisitis differentia publicorum a privatis judiciis constat, quod et accusandi facultas cuilibet e populo datur, et quod e lege aliqua publici judicii, causa est oriunda. Primum discrimen solum non sufficit ad definitum satis limitandum. Nam et populares actiones dantur cuilibet a populo, nec tamen publica sunt judicia; quia non dantur ex aliqua lege publicorum judiciorum, ut e textibus et exemplis patet, ex *l.* 12. *de V. S. l.* 8. *in pr. de Jurisd. l.* 5. §. 5. *de his: qui effud. vel dejec.* Sufficiunt, inquam, illa discrimina in usum definitionis.

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3.

N. Addit.

Ut appareat, Scholium illud meum prolixum, quod modo Autor dixerat occupatum esse circa vocem gravioris criminis, *nihil minus intendere quam istud, opus erit, ut id apponatur integrum, cum duplex sit. In primo remiseram saltem lectorem* ad Philos. juris, §. 140. et ad Strauch. XIX. 4. p. 212. *de mea sententia, quoad differentiam delictorum publicorum et privatorum. Postea doctrinam hanc latius exposui* in dissert. de abigeatu §. 7. seq. *quae est dissert.* 13. *inter Lipsienses. Secundum Scholium respexit doctrinam Autoris, etiam hic repetitam, de notis criminis publicis.* Dixeram igitur: *Sed et damnum injuria datum coercetur lege aliqua, scilicet Aquilia. Quod si urgeas, requisita criminum publicorum non*

esse separanda, sed aliam notam, quae positione sequenti exponitur, addi debere, quod nimirum quilibet de populo ad accusandum admittatur in delicto publico, quod non fit in damna legis Aquiliae; urgebo: nec illam notam esse perpetuam, sed vel ipso Autore in Praelect. n. 1. in fine *concedente, in adulterio et crimine falsi de supposito partu, non omnes ad accusationem admitti*, Conf. Wissenbach. ad ff. de publ. Judic. th. 1. *ut ergo horum duorum differentiam a legis Aquiliae damno expeterem. Video equidem, quod Autor jam effugium quaerere velit in voce* graviori *crimine. Sed id minime sufficiet. Nam primo sic tria fient capita differentiarum publici Judicii a privatis, et ita falsum esset, ista duo sufficere. Deinde ista* gravitas *est terminus obscurus. Cur enim crimen adulterii aut partus suppositi gravius est, quam damnum legis Aquiliae? Sane multa hic ulterius supponenda essent ad declarandum hunc terminum, quae non possent comprehendi sub istis duobus requisitis hic repetitis.*

Altioris indaginis est differentia, quam Justinianus obiter indicat, cum ait, horum judiciorum esse magnam diversitatem *et in instituendo et in exercendo.* Nam in privatis cum ventum erat in jus, Praetor actione secundum formulam edita, caeterisque judicii praeambulis perfectis, dabat judicem pedaneum, qui causam cognosceret et sententiam ferret, quam dein Praetor exsequebatur. In publicis, Accusator nomen Rei deferebat ad Magistratus et subscribebat in crimen, hoc est, libello, quo summam accusationis complectebatur, subscribebat, se obligare semet ad paenam talionis, si calumniae convictus foret. *l.* 3. *de Accusat. et inscript.* Petebatur a Praetore dies inquirendorum criminum. Idem Praetor ex decuriis Judices conscribebat, quorum nomina in urnam conjicerentur, ut ex his numerus judicum ad eam causam necessarius sorte duceretur, qui in leges jurabant: Praetor injuratus judicio praesidebat dum causa agebatur: ea peracta, judices mittebat ad dicendas sententias, in quem finem accipiebant tabulas absolutionis, condemnationis et ampliationis, quarum aliquam singuli in urnam conjiciebant: donec iis Lege Glaucia comperendinandi potestas est data. Vid. Ascon. Ped. *in* 2. et 3. *Verrin.* Brisson. *l.* 2. *antiqu. c.* 1. Borcholt. *ad h. t. in pr.* Moribus hodiernis accusationem publicam cuilibet civium competentem non esse amplius in usu, satis constat, Procuratore Generali ad eam ubique terrarum constituto. *

S c h o l i u m.

Quod Autor hic asserit, moribus hodiernis non quemlibet admitti ad accusationem de crimine publico, forte respexit ad ea, quae habet Wissenb. d. l. th. 3. *Sed apud nos, quamvis processus accusatorius non facile frequentetur, propter introductionem processus inquisitorii, accusationes tamen propterea non sunt prohibitae, sed adhuc obtinent.* Carpzov. pract. Crim. quaest. 103. n. 17. et quaest. 104. 105. 106. *Ergo et quilibet de populo hodieque admittetur.* Carpz. d. qu. de accus. pos. ult.

R e s p o n s i o.

Verum est non videri prohibitos privatos. Sed ejusmodi exemplum non memini umquam extitisse, apud nos utique, difficulter admissum iri credo.

N. A d d i t.

Assentior jam Autori, nec apud nos exemplum ostendi posse ubi quilibet de populo admitteretur. Quod vero ita assertiones theoreticae pragmaticorum etiam differant a praxi, causa est inepta mixtura juris Romani et morum patriorum in processu criminali, a qua etiam ipsa constitutio Carolina, quam hodie pro norma sequimur, non est libera. Sed ea de re fusius alibi erit dicendi locus.

(b) Posset tamen divisio in publica et privata crimina sic etiamnum intelligi, ut publica sint, quae directe vulnerant Rempubl. privata, quae laedunt privatos in corpore, honore, bonisve. Hoc sensu crimen Majestatis, peculatus, repetundarum, residuorum et ambitus, publica, caetera privata forent; sed hic Justinianum sequimur.

2, (c) Ille distinguit Publica Judicia in capitalia et non capitalia. *Capitalia*, quibus poena mortis naturalis aut civilis infligitur. *Non Capitalia*, quibus levior poena, ut jactura bonorum etc. *l.* 2. *de Poen. l.* 2. *de publ. jud. l.* 13. *de bon. poss. l.* 33. §. 2. *de Procur.* §. 2. *h.* Notandum autem, verbum *capitale* sumi

(b) *Pos.* 4. *et* 5. (c) *Pos.* 6.

* Apud nos quidem hujusmodi accusationes sunt infrequentes, competere tamen cuivis ex populo adhuc Jus in publicis Judiciis accusandi, testatur Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 106. *n.* 36. *seqq. et qu.* 167. *n.* 41. *seqq.* ut apparet ex *Resol. Grav. d. An.* 1609. *gr.* 5 *it. Ord. Provincial. d. Ann.* 1555. tit. *Von Unkosten, der peinlichen Rechtfertigung.* §. *Welches* verb. *da kein. Klager verhanden.* Cessat autem apud nos in Accusatore non tantum inscriptio et talionis poena, Carpzov. *d. qu.* 106. *n.* 42. sed et incarceratio, quam *Ord. Crim. art.* 12. 14. usquedum ab eo cautio praestita sit, admittit. Id. *d. l. n.* 48.

vel stricte vel latius vel latissime: Stricte, poenam sanguinis ultimam. *l.* 18. *C. de transact.* Latius, ut hic, mortem et civilem et naturalem. *l.* 103. *de V. S.* Latissime, criminalem, imo et famosam quamlibet significat, *d. l.* 103. unde et relegatio poena capitalis dicitur, *l.* 12. §. 4. *de Accusat.* quoniam infamat. *l. pen.* §. 2. *de extraord. cognit.* Imo adhuc latius apud Ciceronem aliosque veteres, Caput non modo vitam hominis, sed et omnem personae statum, qui honores quoque et fortunas comprehendit, notat. Hinc causam Quintii, quamquam de re pecuniaria, Cicero capitalem *in orat. pro Quint.* aliquoties vocat; quia si perdet eam, inquit, futurum est, *ne Quintius in civitate sit, ne locum suum, quem adhuc honestissime defendit, obtineat, ne numeretur inter vivos, decernat de vita et ornamentis suis omnibus*; quae, amisso patrimonio, consequi videntur. Sic et caput pro fama saepe usurpat idem Cicero, non tamen sine improprietate; *si qua sunt judicia summae existimationis et pene dicam*, ait, *capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis Orat. pro Rosc. Com.* Denique infamia oritur ex omni judicio publico, sive capitali, sive non capitali. *l.* 7. *de publ. jud.* Quod autem *supra* diximus Judicia publica cuilibet e populo dari, id Imperator limitat, addendo particulam taxativam *plerumque in* §. 1. *h. t.* Nam est unum et alterum crimen publicum, cujus accusatio certis tantum personis datur, ut adulterium, de quo in *l.* 30. *C. ad L. Jul. de Adult.* et falsum in supposito partu. *l.* 30. §. 1. *de L. Cornel. de Fals.* Sunt etiam personae, quibus accusare non licet, *l.* 8. *de Accusat.* *l.* 43. §. 10. *de rit. nupt.* de quibus heic latius agendi non est locus, quia non est visum Justiniano de hisce rebus agere in Institutionibus. Pergamus ad singulas judiciorum publicorum species.

3. (d) Primum publici judicii Exemplum est, laesae MAJESTATIS, quo tenentur hi, qui adversus summam potestatem Reipubl. cui sunt subjecti, deliquerunt. Majestatis vocabulum veteribus amplitudinem personae et auctoritatem splendoremque respectu gloriae ob virtutes, res gestas, aliaque significat. Ita Vellejus *l.* 1. *cap.* 10. filium Africani majoris *nihil ex paterna majestate, praeter speciem nominis vigoremque eloquentiae retinuisse narrat.* Juxta hunc sensum Lipsius optime *lib.* 1. *polit. c.* 16. §. 2. Majestatem Principis finit, quod *sit Reverenda quaedam amplitudo ob meritum virtutum aut rerum affinium.* Sic etiam pro amplitudine Magistratuum usurpatur, ut cum Cicero in orat. contra Pisonem, ignorasse illum, ait, quanta sit *Majestas Consulatus*; eoque pertinent Ulpiani verba in *l.* 11. *de Justit. et Jur. Ubicunque Praetor, salva majestate Imperii sui etc.* At sub Imperatoribus coepit ea vox paulatim ad τὸ κυριώτατον summae Potestatis exprimendum adhiberi. Unde jam apud Vellejum haec formula adversus Tiberium, *Majestatis ejus pace dixerim.* Et perspicuum est, in Lege Julia Majestatis, id vocabulum per excellentiam quoque positum esse, respectu summae potestatis, quae sit in republica, et his diebus nihil est notius, quam omnium scriptorum usu Majestatem ita constanter usurpari. Porro Summa potestas definitur, Facultas moralis regendi civitatem cujus actus alterius humanae voluntatis arbitrio non possunt infirmari, ut optimus ejus rei magister dixit Grotius. *lib.* 1. *de J. B. et P. c.* 3. *n.* 7. *et seqq.* Caeterum, qua forma Reipubl. regatur civitas, nihil interesse, docet idem; Quippe procul dubio in Democratia et in Aristocratia, perinde quam in Regno, est Majestas. Hinc Lege Julia Majestatis tenentur, qui adversus populum Rom. vel ejus securitatem aliquid committunt, ait Ulpian. in *l.* 1. *D. ad L. Jul. Majest.* Justinianus in §. 3. *h. t.* Legem Juliam Majestatis *in eos, qui contra Imperatorem vel Rempubl. aliquid moliti sunt, suum vigorem extendere*, scribit. Primo auditu videtur hic locus eorum favere sententiae, qui duplicem volunt esse Majestatem, personalem atque realem: illam Reip. hanc populo convenientem. Sed nihil opus est, opinionem alibi refutatam his verbis confirmari. Ulpianus morem veteris Reip. secutus est, ac hypothesin Legis Juliae, quae sub Augusto lata fuit. Hic autem inter σοφίσματα politica hoc habuit, ut, cum summa potestas Reipubl. ipsi delata esset, eamque plenissime exerceret, in omnibus tamen publicis actibus locutiones antiquas, ac si respubl. adhuc floreret, observaret, quemadmodum probavimus *lib.* 1. *c.* 25. *Digress.* Sed rursus aliquis dicet: an igitur Majestas penes Imperatorem et populum simul fuit, ut hic utriusque mentionem fieri videmus? Id quidem non potest; jus enim Reipubl. totum penes Imperatorem fuit. Proinde cum ait, *adversus Imperatorem*, intelligit personam Caesaris; verbis *contra Rempubl.* molimina contra publicam tranquillitatem indicantur, ut tamen haec etiam a Majestate Caesaris aestimentur. Nam quod Caesaribus Romanis summa Reipubl. potestas vere ab Senatu populoque Rom. delata fuerit, copiose a nobis probatum est *d. lib.* 1. *Digress. c.* 17. *et seqq.* Qui vero alioqui habeant summam potestatem, qui non habeant, prolixior dissertatio

(d) *Pos.* 7. 8. 9.

-est, quam ut heic absolvi queat, dix. *in lib.* 1. *de Jur. Civit. c.* 15. *et seqq.* Postremo notandum, in definitione eriminis majestatis, haud frustra esse posita verba, *cui sunt subjecti.* Nam si quis externus summan potestati non subjectus aliquid adversus Rempubl. moliatur, is ut hostis occidi, at hoc judicio accusari non potest; cum relatio Majestatis, nisi inter Imperatores atque subjectos, locum habere nequeat. *c. pastoralis. vers. rursus non est Clement. lib.* 2. *tit. de sent et re jud.* Quomodo autem subjectus aliquis fiat, an, quod quis reperitur in alieno territorio, et si hoc ita ac et Princeps diversi populi in alieno territorio agens, fiat subditus, (quae est agitata quaestio superiori seculo in *Maria Stuarta*, inexpiabili Magnan Elisabethae invidia supplicio affecta) res sunt, quae hujus instituti modum egrediuntur. Porro crimen Laesae Majestatis est duplex, Perduellionis et Majestatis in specie. *l.* 3. *C. de abolit. l. ult. ff. ad L. Jul. Maj.* Perduellio dicitur, cum quis hostili animo aliquid est machinatus; cujus exempla sunt in *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *et l.* 4. *D ad L. Jul. Majest.* si per alicujus operam armati homines in urbe sint, convenantve adversus Rempl. locave occupentur, aut homines ad seditionem concitentur vel contra Rempubl. arma quis ferat, qui hostibus nuntium literasve miserit, signumve dederit, aut ad eos perfugerit; qui injussu Principis bellum gesserit, quive privatus pro potestate magistratuve quid sciens dolo malo gesserit, aut qui aliquid horum omnium vel simile quid facere eursverit. Majestatis in specie crimen committitur, cum quis laesit quidem summae potestatis jura, at lucri potius aliave causa, quam intentione hostili, *l. ult.*, ✝ *plane eod. tit.* ut est qui monetam cudit, qui consacratas Principis imagines conflavit. *l.* 6. *eod.* Huc etiam referre queas deditionem arcis aut oppidi per ignaviam, et vecordiam, hostibus factam. *l.* 3. *d. tit. ad L. Jul. Majest.*

4. (e) Poena perduellii non tantum est mors, sed et memoriae post mortem damnatio, ad liberos quoque pertinens, qui perpetua infamia et paupertate damnantur, solis filiabus quarta parte bonorum maternorum relicta. *l. quisquis* 5. *C. ad. L. Jul. Majest.* (1) Quae tamen extensio poenae ad liberos, nimis rigida et rationi exemploque juris divini ac humani contraria existimatur, cum salva ratione justitiae, poena non possit egredi auctorem delicti. *Deuter.* 24. ✝. 16. *Ezech.* 18. ✝. 20. 2. *Reg.* 14. ✝. 6. 2. *Chron.* 25. ✝. 4. *l.* 26. *de poen.* Habemus quidem exempla in sacris literis eorum, qui cum liberis supplicio affecti sunt, ut Achanis, *Jos.* 7. ✝. 13. Kores, Dathanis et Abirami *Num.* 16. ✝. 32. Nota quoque est interminatio quarti praecepti, Deum peccata parentum in tertiam et quartam generationem puniturum: sed his non deerit responsio. Denique majestatis in specie poena, mors est simpliciter *d. l. ult. h. t.*

5. (f) Secundum crimen publicum, est ADULTERIUM; quod definitur, corruptio mulieris alii nuptae; sive nupta cum caelibe, seu cum marito alieno rem habuerit. Quod si vir, etsi conjugatus, rem cum virgine vel vidua habeat, hoc nihil est quam stuprum. *l.* 6. §. 1. *D. ad L. Juliam de Adult.* * Ratio differentiae, inter virum cum soluta et mulierem cum caelibe rem habentem, est haec; quod mulier nupta pariter adulterinos partus supponat, quod in virum non cadit. Non negamus fidem conjugalem aeque a viro quam ab uxore violari in commixtione cum caelibe; et coram Deo forsitan aequale utriusque delictum videri. Sed aliter in foro criminum rationes expenduntur, scilicet cum de poenis infligendis agitur; Tunc enim, quod delictum magis laedat societatem communem, examinatur. Id autem fit manifeste gravius a muliere propter suppositionem falsorum partuum, quam a viris, quorum cum innuptis congressiones nihilo plus mali post se relinquunt, quam si utrimque coelibes coitus illicitos misceant. Nec aliter Optim. Max. Nomotheta per Mosem legem ferri jussit ad Hebraeos *Levit.* 20. ✝. 10. *et Deut.* 22. ✝. 22. non obstantibus *Gen.* 1. ✝. 27. *Gen.* 2 ✝. 24. *Matth.* 19. ✝. 5. 1. *Corinth.* 6. ✝. 15. *et* 16. 1. *Corinth.* 7. ✝. 3. *et* 4. Ad quae loca responsio colligi potest, ex eo, quod jam diximus. Jure Canonico adversa sententia probari creditur, *cap. dixit. cap. nemo sibi blandiatur. qu.* 4. *c. non maechaberis.* 32. *q.* 6. Disc. etiam menoch. 2. *de arbitr. cas.* 420. *n.* 106. *et cas.* 249. *n.* 3. *et seqq.* Beza *tract. de polygam.* Wissenbach *disp. ad Inst.* 53. *th.* 26. Iidem

(e) *Pos.* 10. 11. *et* 12. (f) *Pos.* 13. 14. 15. *et* 16.

(1) *Extat ad hanc legem Jacobi Gothofredi discursus Historicus, cui jungendus Nic. Hieron. Gundlingii Commentarius de crimine majestatis.*

* Jure Saxonico hoc pro adulterio simplici aeque habetur, si concubitus uxoris cum juvene vel viduo; unde hujusmodi vir capite plectitur, *P.* 4. *C. Elect.* 19 §. *Daruber er aber* verb. *sondern auch der Ehemann. Churfürstl. Sächs. Kirchen Ordnung.* tit. *von der Straffe der Unzucht.* §. *da einer* Carpzov. *ad d. C. def.* 8. Virgo autem vel vidua, cum qua maritus commisit adulterium, fustigationis et perpetuae relegationis poenam patitur, *d. C.* 19. §. *Daruber.* verb. *die ledige Dirne.* Carpzov. *ad eamd. C. d.* 9. add. Berger. *Elect. Jurisp. Criminal. Memb.* 4. §. 1. *p.* 130.

polygamiam volunt esse adulterium, procul o seosu omnium gentium ipsorumque Habraeorum, apud quos polygamia imponita, minime vero adulterium fuit et refellitur ex *l.* 18. *C. ad L. Jul. de Adult. et l.* 2. *C. de Incest. et inut nupt.* quanquam sane mulier duobus nubens vere adultera est. *l.* 7. *et Auth. hodie C. de repud. ex Nov.* 117. *c.* 11. ratione differentiae superius allegata. Argumenta dissentientium refellit R. Matth. *d. cap. n.* 13. Committitur et in sponsam alterius adulterium *l.* 13 §. 3 *ad l. Jul. de adult.* * etsi sponsus eam jure viri accusare nequeat, *l.* 11 §. 7. etiam in nuptam alterius, quae corpus suum prostituit, ** *l.* 13. §. 2. nisi viro deserto vagetur, *l.* 22. *C. cod.* quos textus ita conciliare liceat.

6. (g) Poena Adulterii ex L. Julia fuit relegatio, argumento *l.* 5. *de Quaestion. l.* 11. *pr. et l.* 29. §. 1. *D. ad L. Juliam. de Adult.* Idemque Tacitus, Plinius, aliique veterom testantur. Cujac. 6. *obs.* 11. *et* 2. *obs.* 18. *et* 19. Brisson. *lib. sing. de Adult. c.* 2. Sed Constantinus Magnus in *l.* 30. *C. ad L. Juliam de Adulteriis* poenam sanxit capitalem, quod Tribonian. *in* §. 4. *h.* legi Juliae per abusum emblematicum adscripsit. Eadem poena παιδεραστεῖς, sive iis, qui cum masculis infandam libidinem exercent, infligitur. *h.* §. 4. *l.* 31. *C. ad L. Jul. de Adult.* Constantinus ejusque filii, sanctiones *dd. ll.* 30. *et* 31. ad exemplum juris divini composuere. *d. cap.* 20. *Levit.* 20. *et Deut.* 22. Lex Julia tanquam Lenones etiam persecuta est maritos, qui deprehensas in adulterio uxores retinuere et adulteros dimisere, vel aliquid de adulterio uxorum suarum ceperunt. *l.* 2. §. 2. *l.* 11. *in pr. et* §. *ult. et l.* 29. *in pr. et* §. 2. *ad L. Jul. de adult.* cum *seqq. D.* Denique de STUPRO fuit etiam caput in L. Julia; Est autem nihil hoc aliud, quam corruptio virginis viduaeque honestae, cujus poenam, si honesti sont stupratores, *** irrogat publicationem partis dimidiae bonorum; si humiles, corporis coercitionem cum relegatione. Quid est igitur, quod in *l.* 1. §. 2. *de Extraordin. crim.* stuprum puero puellaeve oblatum, perfecto flagitio capite, imperfecto deportatione puniri dicitur? Videtur, si quis extra ordinem stupri accusetur, et exquisitae improbitatis sint circumstantiae, vel artificium conciliandi stupra exercuerit, posse aliquando capitalem infligi poenam. Jure divino stuprator Virginem corruptam dotare et ducere debet, *Exod.* 22. ℣. 16. *et* 17. *Deut.* 22. ℣. 28. *et sequ.* Jure Canonico illa copulatio resoluta est in alternativam, *aut ducat, aut dotet*, quod moribus receptum est. **** Menoch. 2. *arbitr. quaest. cas.* 288. Sand. 2. *decis.* 1. *defin.* 10.

(g *Pos.* 17. 18. 19. 47. 48. *et* 49.

* Et a sponso quoque. Solet autem hoc casu sponso aut sponsae poena fustigationis in Saxonia dictari; sed et is, qui cum sponsa aliena concumbit, eadem poena coercetur, foemina vero soluta, ob stuprum cum sponso alieno commissum, relegatur, vid. *Ord. Ecclesiast.* tit. *Von Straffe der Unzucht.* § *Wurde aber auch.* Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 56. *n.* 69. *seq.* Atque eadem poena obtinet, licet sponsus cum sponsa jam anticipaverit concubitum, et sponsa se postea ab alio stuprari passa sit, cum verba *Ordinat.* Ecclesiasticae *che den der Brautigam beygelegen.* ad consummatum legitime matrimonium pertineant. Berger. *Elect. Jurispr. Crim. p.* 133. Interim ex eadem Ordinatione Ecclesiastica observari meretur, 1. (poenam fustigationis converti in poenam carceris, quoties sponsus sponsam nihilominus ducere cupit, ubi stuprator tamen fustigatur. *d.* §. *Wurde aber auch.* verb. *es wolte denn der Brautigam die Braut.*) 2. sponsum vel sponsam nova sponsalia contrahentem et posteriora concubitu confirmantem, tantum numellis caponi et perpetuo relegari, *d. Ordin. Eccl.* tit. *Von Ehe-Sachen.* rubr. *Von Ehe-Gelobnissen.* §. *Wurde sich aber.* add. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 67. *n.* 26. Berger. *l. c. p.* 193. *seq.*

** *Dec. El.* 82. docet, in Saxonia maritum, qui cum alterius uxore adulterium commisit, quae jam antea fuit adultera, a poena capitali non liberari; sicuti is quoque, qui cum soluta, vulgo corpus suum prostituente concubuit, gladio punitur. *Dec. El.* 83. Philipp. *ad eumd. Obs.* 1. *n.* 20. Utroque tamen casu locus est intercessioni conjugum, licet ea regulariter in duplicato adulterio cesset, *d. Dec.* 82. ibique Philipp. *Obs.* 3. *n.* 8. Interim solutus, qui cum uxore passim se prostituente adulterium commisit, fustigatione tantum et perpetua relegatione coerceri solet, Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 57. *n.* 24. *seqq.* foeminam autem, in matrimonio meretricio more viventem, ordinario adulterarum supplicio affici, dubio caret. Hartm. Pistor. *Obs.* 32. *n.* 29. Berlich. *P.* 4. *C.* 27. *n.* 89.

*** Ordinatio *Elect. Saxon. Eccl.* rubr. generr. *Von Ehe-Sachen.* Special. *von Straffe der Unzucht.* §. *Wurde denn eine ledige.* stupratorem et stupratam carcere punire jubet, Carpzov. *P.* 2. *C.* 27. *def.* 9. quatuordecim plerumque dierum; Berger. *Elect. Jurispr. Crim. p.* 140. Quoties autem graviores concurrunt circumstantiae, ac conditio personarum, aut rei qualitas, majores poenas exigit, ad fustigationem etiam perveniri potest, *P.* 4. *C. El.* 27. e. g. si tutor pupillam, aut rusticus nobilem virginem stupraverit, Carpzov. *ad d. C. def.* 7. aut si stuprum cum mente capta, *P.* 4. *C.* 26 ibique Carpzov. *def.* 1. id. *Pr. Crim qu.* 75. *n.* 33. *seqq.* aut inebriata puella, Berger. *l. c. p.* 141. commissum sit. Contra, quando stuprator stupratam ducit, mitius in utrumque e. g. carcere 4. 5. 6. dierum, animadverti solet. Berger. *l. c.* Carpzov. *d. l. n.* 49.

**** Haec alternativa obligatio, apud *P.* 4. *C. El.* 27. confirmata est, licet ea non dissimulet, rectius agere eum, qui stupratam a se in matrimonium recipiat, verb. *und er, wie doch billig geschicht, dieselbe*

Poena autem juris civilis, quae in hoc §. 4. passim moribus obsoleta est. Sunt etiam, qui illud, *ducat*, *aut dotet*, sustulere, modica contenti mulcta pecuniaria, si recte mihi relatum. Possunt tamen hodieque stupratores pro meritis circumstantiarum extra ordinem vel exilio vel etiam corporaliter puniri, Farinac. *qu.* 147. *n.* 98. maxime, si propter inopiam dotare nequeat et ducere nolit, *ibid.* ut etiam, si quis in infamiam honestae virginis aut viduae de stupro perpetrato glorietur. Sand. *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 5. Virginibus autem solis favor alternativae illius indulgetur: viduae suo periculo luxuriantur; nec enim dotem exigere possunt, quae semel virum et dotem habuere. A. Fab. *lib.* 9. *Cod. sub. tit.* 7. *defin.* 5 *n.* 4. Sand. *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 10. *

7. (h) Sed de INCESTU quid dicemus, deque ejus poena? ** Distinguendum; si incestus jure Gentium committatur, ut in linea recta, vel cum sororibus, tam mas quam foemina deportatione adficitur, *l.* 5. *de Quaest. Nov.* 12. *c.* 1. quod mirum placuisse Justiniano, qui adulteros, utique mares, non exemit poenae capitali, per *l.* 30. *C. ad L. Jul. de adult.* irrogatae; maxime cum incestus adulterio sit gravior et jure divino morte puniatur. *Levit.* 18. *et* 20. *Deuteron.* 27. Incestus juris civilis in linea transversa per matrimonium contractus, in foeminis excusatur, in maribus poena L. Juliae de adulteriis plectitur, relegatione scilicet, *l.* 38. *ad L. Jul. de Adulter. l.* 57. *de Rit. nupt.* quae, ratione hujus incestus, non continetur sub augmento Legis Constantini; sed erit hodieque relegatio vel saltem extraordinaria poena non capitalis. At si per adulterium vel stuprum, civilis incestus sit commissus, poena gravior, id est deportatio decernitur. *d. l.* 38. *et l.* 5. *de Quaest.* Jure novo, quatenus per adulterium fit, incestus haud dubie capite punietur: † etiam forte, si per stuprum, quia *supra* intelleximus, stuprum capitali quoque poenae obnoxium fieri, si graviores adsint circumstantiae. *l.* 1. §. 2. *de extraord. crim.* Quae autem potest atrocior esse quam incestus? Mulier Justiniani constitutione, quae est in *N.* 134. *c.* 10. ob adulterium caesa virgis, in Monasterium detruditur, unde eis biennium a viro emollito educi atque reduci potest; eo nolente tondetur: *** Idque in civili incestu sine dubio servandum. Ad eum, qui jure Gentium committitur, sine flagitio id extendi posse non videtur. Nihil tamen reperio, quod jure Justinianeo supra deportationem, *d. N.* 12. *c.* 1. incestu sine adulterio commisso infligatur; licet D. A. Matthaeus *comm. de crimin. cap. de Incestu*

(h) *Pos.* 20.

nicht zur Ehe nehmen will. Tenetur autem ei dotem praestare, pro status, generis, aut familiae conditione, *d. C.* ibique Carpzov. *def.* 5. *in praej.* Atque haec dos stupratae debetur statim, non demum si nupserit; licet legata dote conditio subintelligatur, si nuptiae fuerint secutae *l.* 41. *pr. ff. d. Jur. dot.* Harprecht. *ad* § 4. *I. h.* n. 94. Quod si stuprata stupratorem ducere renuat, tunc nec dotem ab eo exigere potest, docente Carpzov. *ad d. C. def.* 1. Ziegler. *ad Lancell. l.* 4. *t.* 8. §. 3. verb. *Si vero pater.* Quam nec deberi puellae, quae stupro anaam dedit, juvenemque seduxit, asserit et praejudicio confirmat Stryck *ad Brun. Jus Eccles. l.* 3. c. 18. §. 26.

* Apud nos tamen nullum dubium est, quin et viduam honestam stuprator aut ducere teneatur, aut dotare, *d. C.* e. *7. p.* 4. verb. *oder unberüchtigte Witthe.* ibique Carpzov. *def.* 4.

** Jure Saxonico Electorali, Incestus punitur (1) gladio, inter ascendentes et descendentes in consanguinitate, eademque poena in utroque sexu, et in parentibus aequa ac liberis obtinet, *P.* 4. *C. El.* 22. ibique Carpzov. *def.* 1. id *Pr. Crim. qu.* 72. n. 25. etiamsi liberi sint naturales, aut ex stupro suscepti, id *l. c. def.* 2. *et Pr. Cr. l.* c. *n.* 34. (2) fustigatione quoties incestus inter ascendentes et descendentes in affinitate, e. g. privignum et novercam, *P.* 4. *Const. El.* 24. fratres et sorores et reliquas personas, quarum conjunctio *Levitic. C.* 18. prohibita est, committitur, *P.* 4. *C.* 22. §. *Aber die andern Personen.* Eademque poena obtinet, quando ob teneram aetatem, aut decrepitam senectutem, similesve circumstantias, liberi aut parentes capitali supplicio subducuntur, *d. C.* 22. §. *Da aber wegen der Jugend.* Carpzov. *Crim. qu.* 72. n. 47. *et ad d. C. def.* 3. Denique (3) relegatione aut mitius coercetur incestus contra Jus humanum Constitutionesque Saxonicas commissus, conf. Carpzov. *def.* 9. *ad d. C.* 22. Berger. *Elect. Jurispr. Crim. p.* 143.

*** *P.* 4. *C. El.* 19 uxorem aeque ac maritum ob adulterium capite puniri jubet, non tantum in adulterio duplicato, sed etiam in simplici, Carpzov. *ad. d. C. d.* 7. 8. foemina tamen soluta cum marito concumbens mitius, quam masculus, cum uxore adulterium committens, coercetur, cum in hunc gladii poena, *in* illam fustigatio constituta sit. *d. C.* 19. ibique Carpz. *d.* 6. *seq.* In Saxonia autem Communi uxor adultera tantum fustigatur et relegatur. Id. *d. l. def.* 1.

† Addo *P.* 4. *C.* 23. ibique Carpzov. qui docet, hoc casu poenam adulterii non mitigari per intercessionem conjugis si incestus sit commissus cum ascendentibus, vel descendentibus, hanc tamen si cum persona consanguinea in linea collaterali, *def.* 1. et 2. atque ita *pron. Fac. Jur. Lips. Mens. Dec. A.* 1699. Diss. Coler. *dec.* 174. *n.* 19.

Parricidium est caedes parentis, ejusve qui in recta linea sanguinis a nobis distat, * excepto patre, qui filiumfam. occidens, tantum homicida esse intelligitur. *l.* 1. *D. de L. Pomp. de Parricid. et h.* §. 6. † Est hoc vestigium, ut videtur, patriae potestatis, quae olim jus vitae ac necis in liberos, ut alias dictum, tribuebat. Poena exquisitior in hoc delicto, quam in alio ullo reperta est. Insuitur enim culeo cum cane, gallo gallinaceo, vipera, et simia, postquam virgis sanguineis, id est, sanguinem, ut videtur, excutientibus, est caesus, *l. pen. D. tit. de L. Pompej. de Parricid.* ac ita in mare vel flumen proximum demergitur. Apparet ad terrorem hoc genus singulare supplicii excogitatum esse, ut homines absterrerentur ab ejusmodi scelere, de quo Solon rogatus, cur poenam ei nullam constituisset, respondit, *διὰ ἀπελπίσαι, quod desperaret*, aliquem fore tam immanem; ut Diog. Laert. *in vita ejus.* Antiquitus parricidae culeo simpliciter insuti mergebantur, ut ex Cicerone *pro Roscio* discimus, idque primo supplicium Malleolo cuidam irrogatum scribit Livius *lib.* 68. Significare autem hac poena voluere veteres, parricidam, ut Justinianus *hic* philosophatur, omnium usu elementorum carere jam vivum incipere debere. Sub primis Imperatoribus addita videntur animalia duo, vipera et simia; nam harum vetustiores non meminerunt ante Senecam 1. *de clem. c.* 15. et Juvenalem *Sat.* 8. qui de Nerone locutus addit;

Cujus supplicio non debuit una parari
Simia, nec serpens unus, nec culeus unus.

Postea adhuc alia duo adjecta sunt animalia, canis et gallus gallinaceus, quorum mentio prima quod constet, occurrit *in l. un. C. de his, qui parent.* Rationem, cur haec animalia placuerit adjungi parricidis, reddit Theophil. ad *hunc* §. his verbis, *τὰ δὲ εἰρημένα θηρία ἐμβάλλεται διὰ τοῦτο, ἐπειδὴ ὁμοιότροπα αὐτῷ ἐστι, τὰ μὲν γὰρ ἀναιρεῖ τοὺς γονεῖς, τὰ δὲ τῆς πρὸς αὐτοὺς οὐκ ἀπέχεται μάχης. Sunt enim similia hominibus*, ait, ut simiae; *quaedam parentes suos interficiunt*, ut viperae; *caetera non abstinent pugna contra se invicem.* Mirum autem, cur Justinianus culei poenam vocet *novam*; cum adeo sit vetus et more majorum introducta dicatur in *l.* 9. *de L. Pompej.* Sic volunt locutum Caesarem, quod obsoleta poena modo in usum revocata esset. D. Wissenb. *ad h. tit. n.* 41. Tu dic, genus hoc poenae dici novum, quia rarum, singulare et inexpectatum est, ut fere etiam Giphan. *ad h.* §. 6 explicat. Est difficultas, quod in *l.* 1. *ad L. Pompej.* parricidii dicitur eadem poena esse, quae Legis Corneliae de Sicariis, quam modo deportationem fuisse intelleximus. Dicendum, varia Legis Corneliae fuisse capita, *l.* 3. *ad L. Cornel. de Sicar.* unumque de parricidio, cui sua vetusque poena fuerit; eamque repetitam fuisse Lege speciali Pompeja. Caeterum involvit haec poena culei solos parricidas ita proprie dictos, qui parentes interfecere. Nam qui alias cognatione vel affinitate junctas personas necaverit, ordinariam Legis Corneliae poenam sustinet, *d.* §. 6. *in fin.* capitis inquam supplicium, nec ultra. *l. pen.* §. 1. *d. tit. de L. Pompej.* ** Scilicet parricidii nomen varios latitudinis gradus habet. Nam I. cuncta graviora crimina significat, Cic. *lib.* 2. *de LL.* unde Quaestores parricidii. *l.* 2. §. 23. *de O. J.* II. De quolibet homicidio accipitur, teste Festo in voce *Parricid.* III. De caede propinquiorum aut venerabilium personarum, *d. l.* 1. *de L. Pompej.* quo Ciceronis illud pertinet *in Verrem; Facinus est, civem Rom. vincire, scelus verberare, parricidium occidere etc.* IV. sumitur pro caede parentis, ut hoc loco. Postremo notandum, quod in *d.* §. 6. Justinianus sit, etiam conscios parricidii ordinaria poena

* Apud nos parricidii proprii, quod in ascendentes, descendentes et conjuges committitur, poena est culeus, *P.* 4. *C. El.* 3. Loco tamen culei saccus linteus, et pro simia plerumque felis adhiberi, ac serpens pictus, si vivus haberi nequeat, solet substitui, singulaque animalia separatim sacculis includuntur, *d. C.* Carpzov. *Pr. Cr. qu.* 8. *n.* 21. *seq.* virgarum vero caesio plane omittitur, ac, si flumen nullum sit proximum, culeus in rotae supplicium commutatur, *d. C.* Quando autem delictum hoc saepius perpetratum est, poena exasperatur, ac reus candenti ferro aduritur, *So viel Zangen-Risse als Kinder sie umgebracht. d. C.* 3. ibique Carpzov. *d.* 7.

** Nostro Jure accedit raptatio ad locum supplicii, *Schleiffung zur Feymstatt*, quoties parricidium improprie sit dictum, sive homicidium in fratres, sorores, patruos, fratris liberos, item in affinitate in vitricum, novercam, ac generaliter in eos, qui lege divina matrimonio jungi prohibentur, commissum est. *d. C.* 3. §. *Wann aber an Brudern.* verb. *unter welchen vermöge Göttlicher Schrifft, wegen der Blutfreundschafft oder Schwagerschafft keine Ehe kan vollzogen werden.* add. Carpzov. *ad. d. C. def.* 8. *seqq.* Quoties autem in consanguineos aut affines, jure divino jungi non prohibitos, e. g. in consobrinos, item in sponsum sponsamve, hoc crimen committitur, sine exasperatione supplicii, poena Legis Corneliae obtinet. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 13 *n.* 39. *seqq.*

† In vero apud nos, aeque ac mater, culei supplicium sustinebit, nec praetextu patriae potestatis, poenae Legis Pompejae erit eximendus, *P.* 4 *C. El.* verb. *Eltern ihre Kinder* Quae verba tam late patent, ut, ratione poenae, nullum inter liberos in potestate constitutos et emancipatos, legitimos et naturales, spurios etiam, imo incestuosos ac adulterinos, statuatur discrimen; Berger *in Elect. Jurispr. Crim. p.* 109. Matrem tamen, quae prolem ex stupro violento susceptam interfecerat, ordinaria tantum homicidii poena, gladii puta, coercitam fuisse, ostendit Carpz. *P.* 4. *C.* 3. *def.* 18.

adfici, haud de iis intelligendum, qui cognitas quoquo modo insidias retiuuere, sed quorum conscientia sceleris consilio fuit illigata, *l.* 2. *d. t. de L. Pompej.* nec aliter accipienda, *l.* 6. *eod. tit.* Perez. *ad tit. C. de his, qui parent. vel lib. occid. n.* 7. Poenam vide in hoc textu, juncta *l. pen. d. t.* ubi et hoc nota *in fin.* eadem aliorum cognatorum L. Cornelia simpliciter puniri.

10. (l) III. Falsum est imitatio vel suppressio veri in fraudem alterius facta; si nec *imitatio* nec suppressio veri fiat, non est falsum, ut si quis in ratione vel in calculo mentiatur. *l.* 23. *de L. Corn. de Fals.* Poena falsi aliquando capitalis, sed plerumque deportatio aut levior est §. 7. *in fin. h. l.* 1. §. *ult. d. tit.* capitalis est in servis, *d.* §. 7. item ob falsum testimonium in necem Rei capitalis, *l.* 1. *ad l. Cornel. de Sic. Deut.* 19. *ϯ.* 16. in subjecto parto, *l.* 1. *C. ad l. Corn. de Fals.* cujus accusatio datur parentibus, aut eis ad quos res pertinet solis, *l.* 30. §. 1. *ff. de l. Corn. de Fals.* adde *l.* 27. §. *ult. D. eod.* ubi de ficta dignitate vel militia, *l.* 1. *C. de Immun. nem. conced.* ubi de tabulariis civitatum. Qui monetam falsam cudunt aut probam corrumpunt, olim liberi ad bestias, servi in crucem agebantur, *l.* 8. *de L. Corn. de Fals.* hodie cusores cum ministris suis comburuntur. *l.* 2. *C. de fals. mon.* impuberes soli, *l.* 1. *C. eod.* et quos poenituit ante facinus consummatum, excusantur, *l.* 19. *ad L. Cornel. de fals.* Lenius deportatione puniuntur, qui falsum recitarunt, exilio temporario vel ordinis ademptione, *l.* 13. §. 1. *eod.* eodem fere modo, qui judicem corrumpunt, duobusve rem unam in solidum vendunt, *l.* 21. qui pondera mensurasve falsarunt, *l.* 32. §. 1. *d. t.* ubi et poena dupli. Reliquae falsi species ordinaria deportationis poena plectuntur, nisi quod poena pro cujusque facti circumstantiis variat. *l.* 32. *in pr. eod.* Species diversae toto *tit. D. et C.* diffusae sunt, quas inde petas licet.

11. (m) Vis tam publica quam privata; punitur L. Julia. Publica fit maxime armis, sed tamen et aliis modis atrocioribus, de quibus vid. *l.* 1. *et seqq. ad L. Jul. de vi Publ.* Privatam dicimus, quae fit sine armis et minus atrociter: Poena vis publicae est deportatio, §. 8. *h. l.* 10. §. *f. ad L. Jul. de vi publ.* Privatae, publicatio tertiae partis bonor. *d.* §. 8. *l.* 1. *et* l. *ult. ad L. Jul. de vi priv.* Sed specialis est sanctio contra vim (n) quae fit per raptum virginis viduaeve honestae, cujus poena capitalis est, non modo si invita, sed et si consentiens rapta sit, malis scilicet artibus, ut videtur, ad consensum adducta, idque etiam in sponsa propria locum habet; aeque adversus adjutores quam ipsos raptus auctores. *l. unic. C. de raptu virginum.* Moribus ille tantum hac poena tenetur, qui invitam rapuit vel stupravit, secundum jus Canon. *c. pen. et ult. X. de Rapt.* Quod autem mireris, etiam sponsae raptor dicta constitutione summo supplicio adficitur, qua de re vid. Perez. *ad tit. C. de rapt. virg.* Denique stuprum sine raptu, licet violentum, in illa constitutione non punitur, licet ratio minime desit, etsi aliter D. A. Matth. *tract. de crimin. pag.* 499. *prim. edit.* de Wissenb. *ad h. tit. th.* 53. Forte nec minor ratio est in Stat. Frisic. *lib.* 2. *tit.* 12. quod non aliter raptum capite vult puniri, quam si mulier abducta sit et corrupta violenter. Jus Canonicum mitius hac parte est; Nam qui rapuere tantum, capite non puniuntur, imo et nuptiis rapti amores conglutinari possunt, *cap. fin, X. de raptor.* sed violentum stuprum eo jure gravius censetur. *c. de raptoribus* 36. *qu.* 1. *c. raptus* 36. *q.* 4.

12. (o) Sequitur peculatus in §. 9. quod est furtum rei publicae vel sacrae, *l.* 9. §. *ult. ad L. Jul. pecul.* Sed cum in re sacra specialiter sacrilegium committatur, peculatus de furto publico intelligi solet; Ejusque poena exponitur in §. 9. *h. t.* Ut ipsi Magistratus eorumque ministri, qui publicas pecunias subtraxerunt, capitali animadversione puniantur *l. un. C. de crim pecul.* Alii vero, qui in hanc poenam non incidunt, poenae deportationis subjiciuntur *d.* §. 9. *in fin.* At sacrilegium punitur atrociori supplicio capitali, cruce, vivicomburio aut simili; *l.* 6. *pr. D. ad L. Jul. Pecul.* *

13, (p) Plagium ita dictum, quia fit πλαγίως, id est, *oblique et fraudulenter*; est suppressio hominis liberi vel servi alieni, cujus poena *in* §. 10. aliquando ultimum supplicium, aliquando levior, pro meritis circumstantiarum. *l. ult. de L. Fab. de plagiar.*

14. (q) Sequuntur Crimina ambitus, repetundarum, Annonae et Residuorum, quae legibus Juliis puniuntur. Ambitus crimen committitur

(l) *Pos.* 30. 31. 32. 33. 34. 35. (m) *Pos.* 39. *et seqq.* (n) *Pos* 26. (o) *Pos.* 28. (p) *Pos.* 27. (q) *Pos.* 44.

* In Saxonia per usualem interpretationem *LR* l. 2. art. 13. in sacrilegos rotae supplicium statuitur, quoties res sacra ablata est ex loco sacro, Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 89. *n.* 18. nisi concurrant. circumstantiae, ob quas satis gravem hanc poenam mitigare liceat, id *l. c. n.* 61. e. gr. si sacrilegus, ante institutam inquisitionem poenitentia ductus, rem sacerdoti restituat, quo casu fustigationem cum perpetua relegatione dictatam, refert Berger. *El. Jurispr. Crim. p.* 182. *seq.* Quando vero res sacra ex loco profano, vel res profana ex loco sacro aufertur, ordinaria fusti poena locum habet, teste Carpzov. *l. C. n.* 71. *seq.*

ab his, qui corruptis suffragiis petunt honores. Poena est centum aureorum, cum infamia *l. un.* §. 1. *de L. Julia ambitus.* In urbe (pene dixeram in orbe) cessat hodie, quoniam collatio honorum et munerum publicorum est penes Principem, qui non metuit Legem Juliam ut est in *l. un. pr. de L. Jul. ambit.*

(r) Repetundarum tenetur, qui in publica functione constitutus, praeter fas pecuniam accepit, quo magis vel quo minus faceret officium suum. *l.* 1. 3. *et* 4. *de L. Julia Repetund.* Committitur hoc etiam a proceribus, qui honores publicos, quorum ipsis collatio competit, vendunt, etenim ambitus crimen a petentibus perpetratur. In hanc speciem Edicto Ord. Frisiae *d.* 11. *Martii* 1647. constituta est poena infamiae ipso jure committendae; an salva poena Juris civilis, quae est extraordinaria pro meritis circumstantiarum, aliquando etiam capitalis *l.* 7. §. 3. *de L. Jul. repet. l.* 1. *et l. f. C. eod.*? Non videtur. Sanctio enim municipalis alioqui poenas juris aufert et subducit.

15. (s) *Crimen annonae* committitur ab eo qui malis artibus effecerit ut annona fieret carior estque poena 20. *aureorum*, *l.* 2. *in pr. et fine de Leg. Jul. de Annon.* item gravior Extraordinaria. *l.* 6: *D. de Extraord. criminibus.* Hodie graviores et quandoque capitales poenae in Dardanarios et annonae flagellatores constitutae, sunt; vid. Clarum. §. *fin. qu.* 82. *pr.* 33. Sed et haec poena non immerito displicet Interpretibus et municipalium Legum conditoribus; nec dubium, quin et reliquatores extra ordinem gravius sint puniendi. Berlich. 5. *conclus.* 57. A. Matth. *de crimin. l.* 48. *tit.* 10.

(t) Residuorum alioqui tenetur, qui pecuniam publicam in usum aliquem delegatam retinuit, neque in eum consumpsit. *l.* 2. *ad L. Jul. peculat.* Poena est, ut tertia parte plus solvat quam debet. *l.* 4. §. 5. *eod. tit.* * Reliqua in Pandectis expectanda.

16. Haec summo digito et quasi per indicem, *ὡς δυνατὸν δέξασθαι νέον*, Sicut Theophilus ait, *ut adolescentum captui congruat.*

(r) *Pos.* 36. 37. (s) *Pos.* 45. *et* 46. (t) *Pos.* 43.

* Jure Communi Saxonico hujusmodi administrator arbitrarie, sed mitius semper quam suspendio, punitur, cum proprie pro fure non habeatur, qui rem alii possessori non abstulit, vid. *LR. l.* 2. *art.* 29. Carpzov. *P.* 4. *C. El.* 41. *def.* 1. vid. *supr. n.* 91. Sed in Electorali Saxonia gravius in reos hujus criminis animadvertitur; siquidem *P.* 4. *C. El.* 41. *Von vertrautem Gute.* officiales qua appellatione comprehendit *die Schosser, Verwalter, Vogte, Geleitsmanner, Baumeister, Bauschreiber, Zoltner, Forster,* similesve administratores, si pecuniam dolose in proprios usus converterint, carcere et perpetua relegatione, quando residuum 50. florenis Misnensibus minus est, si 50. florenos excedat, fustigatione, imo laqueo, si centum florenos contineat aut excedat, vult coerceri. Quam constitutionem explicavit, simulque poenam Administratorum, pecunias sibi creditas subtrahentium, auxit Potentissimus Rex noster, *in der werneuerten auch erlauterten und gescharfften* Constitution *vom anvertrautem Gute* d. An. 1705. *d.* 26. *Septembr.* Haec enim (1) poenam relegationis, quae, si residuum excedat 30. florenos, perpetua, si 20. ad 10. annos, si 10. florenis majus sit, ad quinquennium decerni debet, vetat mutare in poenam pecuniariam, verb. *ohne unsere ausdruckliche Einwilligung.* (2) poenam laquei jubet locum habere, licet Administrator summam ablatam possit restituere, quo casu poenam quandoque mitigatam fuisse antea, patet ex Carpzov. *ad d. C.* 41. *def.* 6. et *Pr. Cr. qu.* 85. *n.* 53. (3) licet in delinquentem poena laquei aut fustigationis statuta sit, damni tamen restitutionem ex ejus bonis fieri imperat, cum alias in Sax. per poenam corporis afflictivam aut capitalem, condictio quoque furtiva extinguatur, (4) restitutionem dupli in casu, quo residuum 50. floren. minus est, amplius a poena ordinaria liberare non patitur, ac hac ex parte D. Augusti et Christiani I. constitutionibus derogat, ac denique (5) ad administratores privatos, juratos imprimis, hanc poenam quodammodo extendit.

Τὸ τέρμ' ἰδὼν χάριν Θεῷ δίδου.

DISSERTATIO THOMASIANA,

DE FURTO ANCILLAE MERETRICIS ET NON MERETRICIS,

In qua non solum L. 39. et 82. §. 2. de furtis explicantur, sed et aliae quaestiones affines diligenter resolvuntur.

SUMMARIA.

I. Ratio differentiae inter Ancillam Meretricem et non Morotricom subreptam, non latot in praosumpto consensu Ancillao Meretricis. II. Nec etiam in destinatione Domini. III. Non ineptum esse consilium corrigentium toxtum Paulinum. IV. Sod non est ad mentcm Pauli. V. Ulpianum et Paulum dissonsisso, ostendit ex pari phrasi legis Ulpianeae, tum do furto Ancillae; VI. Tum do effringente fores Merotricis; VII. Tum de supprimente scortum; an lege Fabia teneatur. VIII Plagii ot furti differentiae. IX. Nova difficultas orta cx l. penult. pr. de L. Fab. X. Torturae Doctorum in explicando casu, ubi furtum servi non simul sit plagium, et primo Glossao. XI. Deindo Struvii. XII Tum Antonii Matthaei. XIII. Conjecturae nostrae, origo Legis Fabiao. XIV. Examinatae differentiae Glossae inter furtum et plagium servi. XV. Item Antonii Matthaei. XVI. Ex quibus ultima approbatur, scilicet, eum, qui consilium dat ad servum furto auferendum, teneri actione furti, non vero haberi pro Plagiario. XVII. Perspicua periphrasis L. penult. de L. Fab. XVIII. Explicatur jam responsum Ulpiani de supprimente scortum. XIX. Obscuritas verborum ultimorum in illo rosponso. XX. Quam non tollit explicatio Glossao, Taboris, Tholosani. XXI. In expositiono Legis Paulianao, fragmenta sententiarum Pauli praeferonda esse lectioni Tribonianeae. XXII. Ostenditur, Paulum contradicere Ulpiana. XXIII. Hujus contradictionis una explicatio do sensu Pauli universali. XXIV. Responsio pro Ulpiani sententia contra hanc doctrinam Pauli. XXV. Altera explicatio de sensu Pauli particulari, quao approbatur. XXVI. Ausus imprudentis Tribouiani. XXVII. Respondetur Tabori Tribonianum defendenti. XXVIII. Illustrantur hactenus dicta aliis textibus.

I.

Dicit Ulpianus *l.* 39. *do furtis*, eum, qui Ancillam Meretricem libidinis causa rapuit, vel celavit, furti non tenori: Paulus vero *l.* 82. §. 2. *ood.* disertis verbis asserit, *eum, qui Ancillam non Meretricem libidinis causa subripuit*, furti actione teneri. Ut adeo si verba haec adspicias, et distinctos casus inter Aocillam Meretricem et non Meretricem distinguentes nullus sit dissensus. Sed maoet ioterim dubium, quaenam sit ratio differentiae ioter Ancillam Meretricem, et non Meretrieem. Sane utraque est res aliena, utraque rapta est libidiois causa. Si ergo is, qui Aocillam Meretricem rapit libidinis causa, ideo actione furti oon convenitur, quia non lucri faciendi, sed libidinis causa rapuit, *l.* 39. *do furt.* sane neo iste, qui Aneillam non Meretrieem libidinis causa rapit. Si dioas, eam esse differeotiam, quod Aocilla Meretrix consensisse praesumatur ad sui raptum, quae praesumptio cesset in Ancilla non Meretrice, urgebo, voluntatem aut noluntatem rerum ablatarum in crimioibus differeotiam non facere. Servus fugitivus sui ipsius furtum commisisse dicitur, etiamsi istud furtum ab iostinctu proprio proveniat; Raptor est, qui virgioem conseotieotem rapit.

II.

Sin ita respoodeas, Aneillas eoosiderari sub qoalitate quam a destinatione domini habent, et ob id, qui destinatam quaestui Meretricio Ancillam aufert, oon censeri facere furtum, sed cootra facere dioi, qui aufert non destinatam buic quaestui: Et licet enim ipse libidinem scopum habeat, tamen quia dominus destinatam alii fini habuit, et ita damnum directo infertur domioo, ac periode habetur, ac si animum lucri faciendi habuisset, inspecta destinationo domini, cui lucrum ablatum et interversum fuit, (quae est respoosio Brobovii ad *Wossenb. h. t. n.* 6. *lit. f.*) iostabo et illum, qui Ancillam Meretriceio aufert, aeque directo damnum inferre domino, qui ioterea, dum haec Aucilla merotrix

a raptore eelatur, si etiam rapta non fuisset, forte noo cootemoendum quaeatum facere poterat. Deinde ratio *l.* 39. commuoiter et vere uoa ponitur io destinatiooe Aoeillae, sed in eo quod libidioia causa rapitur. Deoique neo destiuatio rei ad eertum usum, ullum momentum io moteria furti affert. Quis eaim oegabit, furtum equi a domiuo ad equitationem destioati, aequo committi ab eo, qui eum equitatiooia gratia, ao ab eo, qui v. g. utendi in carpento causa aufert? Aut quis renuet, aeque furem esse, qui aufert pecuniam ad rerum commeroia destinatam, *Ausgebe-Geld*, ae istum, qui aufert peenoiam ad casus necessitatis reservatam, *Schak Geld!*

III.

Forte igitur recurres ad *L. non omnium ff. de legibus*, et dices, distinctionem haoc ioter Aacillam Meretrioem et uon Meretricem, aequeodam esse, quamvis durem, quia ita leges scriptae sunt. Sed ingenuo Jurisprudeotiae Cultori omnia prius effugia tentaoda suot, aatequsm ad istud igaoraotiae asylom confugiat. Quapropter, quamvis alias a correctiooibus textuum abhorresm, placet tamen hoo loco nou sine causa, altera Bachovii *d. l.* responsio, traosposita negatioae ia *d. l.* 82. legendum esse; *Ancillam Meretricem non libidinis causa*, quam etiam sequitur Eckolt. *ad d. tit. de furt.* §. 2. et ita nulla erit pugna ioter *l.* 39. *et l.* 82. §. 2. *h. t.*

IV.

An autem haec responsio sit ad mentem Pauli, alia est quaestio. Ego uoo arbitror. Conjecturae meae haoo iu rem suot sequentes. Lex 82. *de furt.* desumpta est ex *lib. 2. sententiarum Pauli.* Jam si fragmenta sentetiarum Pauli evolvamus, deprehendimus *l.* 2 *tit.* 31. §. 11. (*p. m.* 53. *edit. Cujac. in annexis ad Cod. Theodos.*) haec verba: *Qui Meretricem libidinis causa rapuit et celavit oum quoque furti actione teneri placuit.* Quamvis autem alii haeo fragmenta corrigant, et secuodum ductum *d. l.* 82. *de furt.* legaat: *Qui non Meretricem etc.* Quod etiam facieodum mooet Gothofred. *in not. ad d. l.* 82. §. 2. Mihi tameu cootra videtur, ad mentem Pauli *d. l.* 82. §. 2. *de furt.* corrigeodam secuodum ductum §. 11. *lib. 2. sentent. tit.* 31. ut ita negatiooe plaoe abjecta sensus prodest iste: *Qui Ancillam Meretricem libidinis causa subripuit, furti actione tenebitur, et si suppressit, poena Legis Fabiae coercetur.* Non iofrequens enim est, Paulum ab Ulpiano disseotire. Conf. Eberlin. *de orig. Juris cap.* 52. *p. m.* 507. et dissensiouum harum, ni fallor jam dum exempla nou uos habuimus.

V.

Clarius hoc evadet, si adspiciamus verba et rationes Ulpiaai *in d. l.* 39. *de furt.* VERUM EST, inquit, SI MERETRICEM ALIENAM ANCILLAM RAPUERIT QUIS, VEL CELAVERIT, FURTUM NON ESSE. Rationes dubitandi io contrarium sunt, quia abstulit rem alieoam iovito Domioo fraudulenter, inde videtor furtum esse *arg. l.* 1. §. 3. *de furt.* Et si quis saltem eelaverit Ancillam alienam Meretricem, videtur furtom esse; Nam qui celat servum fugitivum, fur est. *l.* 1. *pr. de fugitivis.* At Ulpianus, bis ratiooibus dubitandi uoo obstaatibus, ratiooes decidendi pro aegativa sua dat sequeotes: NEC ENIM FACTUM QUAERITUR, SED CAUSA FACIENDI, h. e. an aliqoid furtum sit uec ne, non solum consideraodom est, an res invito domioo ac dolo malo sit contrectata, sed ante omoia intootio auferentis pooderari debet, an abstulerit lucrifaciendi causa, an oon; si prius, furtum est, si posterius, uon est furtum, *arg. d. l.* 1. §. 3. *h. t.* Inde si quis tabulas testameati deleverit, ut lucrum iode seotiat, furtum est, si saltem ut damnum det, uoo furti, sed actioae Legis Aquiliae teoebitor, seoteotia est ejusdem Ulpiani ex Pomponio *l.* 41. §. 1. *ad L. Aquil.* adde *l.* 27. §. *ult. de furt.* Ergo io praesenti casu idem esse putat Ulpianus: CAUSA AUTEM, ita pergit, FACIENDI LIBIDO FUIT, NON FURTUM, h. e. is, qui Ancillam Meretricem rapuit, aut celavit, non fecit id lucrifaciendi animo, (io quo consistit pars formalis furti) ut per Ancillam ejusque aestimatioaem patrimooium aut bona sua augeret, vel operis Aocillae aliquid adquireret sibi, sed ut libidioem adimpleret suam. Haec enim circumstantia spectat ad casum a Jureconsulto propositum, et in proposita quaestione subintelligeoda est, ut sensus sit: *Si Meretricem alienam Ancillam rapuerit quis, vel celaverit* libidinis causa, *furtum non esse etc.* Quem sensum noa tantum inouit vox *Meretrix*, qua Ulpianus utitur in sensu reduplicativo, quod scil. quis Aocillam Meretricem, qua Meretricem, i. e. ad adimplendam libidioem rapuerit: sed et voluat verba textus modo explicata. Nam poterit etiam quis Ancillam alieaam, quae est Meretrix, (io seosu specificativo) rapuisse, non scortatiouis ergo, sed lucrifacieodi animo, quae actio omoioo ad furtum spectat, *arg. legis* nostrae 39.

VI.

Ex praemissa hac decisioce, Ulpianus novae quaestionis solutioaem infert. Cum enim et is, qui opem et consilium ad furtum tulit, furti teneatur *v. g.* qui alicui nummos excussit ea ioteutiooe, ut alius eos raperet, *l.* 52. §. 13. *de*

furt. modo etiam alius eos revers receperit, *l.* 27. §. 21. *ad L. Aquil.* et haud dubie is, qui fores alienas effringit, ut fures in sedes intrare, et ibi furtum committere queant. *arg.* §. 11. *Inst. de oblig. quae ex del. nasc.* (etsi enim forte neuter horum de furto aliquid participet, tamen quia illos jurant, qui lucrifaciendi intentionem habent, eamdem habere censentur) inde et quaesitum fuit, quid juris de effringente fores Meretricis? Respondet JCtus noster, fluere decisionem quaestionis hujus ex praecedenti: ET IDEO ETIAM EUM, QUI FO RES MERETRICIS, etiam si sit libera, EFFRE GERIT, modo id fecerit LIBIDINIS CAUSA, non ut cooperetur furibus lucrum captantibus, ET SI FURES NON AB EO INDUCTI, SED ALIAS praeter ipsius scientiam et voluntatem, INGRESSI MERETRICIS RES EGESSERUNT, FURTI NON TENERI. Et de hoc casu forte minus est dubium: cum hic nec contrectet ipse rem alienam, nec contrectantibus cooperetur, sed sit saltem furti subsecuti causa per accidens. Uti et is, qui injuriae causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti, consentiente hac in parte Paulo, *L.* 53. *pr. de furt.* cum Ulpiano nostro: et is, qui per lasciviam, et non data opera ut furtum admitteretur, nummos alicui excusserit, quamvis illi postea a tertio furto sint ablati, non furti conveniri potest, sed actione in factum, *d.* §. 11. *Inst. de oblig. quae ex del. nasc.* h. e. Actione L. Aquil. utili, *per tradita a me in Philosoph. Jur.* §. 148. 149.

VII.

Sed ut revertamur ad casum initio propositum, quamvis dictum sit, eum, qui celavit alienam Ancillam meretricem, non committere furtum; AN non TAMEN LEGE FABIA de plagiariis TENETUR, QUI SUPPRESSIT S.ORTUM LIBIDINIS CAUSA? quaerit porro Ulpianus. *Scortum* dicit, non, ut in priore quaestione, *Ancillam Meretricem*: quia enim jam de plagio ipsi sermo est, plagium vero praeter servos etiam in liberis hominibus committitur, inde quaestio praesens tam de Meretrice libera, quam de Ancilla intelligi potest. Utrobique enim est eadem decidendi ratio. Sed quaenam? Respondere non possumus, nisi sciamus, quid sit plagium, et quomodo a furto differat.

VIII.

Rem difficilem facit *lex penult. pr. de l. Fab. de plagiar.* Equidem communiter describitur plagium, quod sit fraudulenta suppressio liberi hominis, aut servi alieni. vid. Anton. Matth. *de Crimin. ad lib.* 48. *tit.* 12. *cap.* 1. *n.* 2. *p. m.* 592. Ex qua descriptione certum quidem est, illam esse differentiam inter furtum et plagium, quod non omne plagium sit furtum, quia liber homo furti objectum haud est, nec omne furtum sit plagium, quia furtum committitur etiam in aliis rebus, quam servis; At servorum quod attinet suppressionem, videtur ea et ad furtum referenda, ob *l.* 1. *pr. de fugitiv.* et ad plagium, non solum ob dictam plagii definitionem, sed maxime ob *l. penult.* §. 2. *de l. Fab. de plagiar.* adeoque ob hoc factum et civiliter actione furti, et criminaliter ex Lege Fabia agi posse.

IX.

Verum *non statim plagiarium esse, qui furti crimine ob servos alienos interceptos tenetur*, Callistratus inquit *d. l. penult. pr.* Cur hoc? Rationem eam esse ait, quia *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: servos alienos qui sollicitaverit, aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenditur, teneatur, nec ne, facti quaestio est.* (vel ut Florentina et Haloandrina, legunt, *facit quaestionem.*) Expectas haud dubie genuinam differentiam inter furtum et plagium servi intercepti, et adeo quaestionis propositae resolutionem ex Imperiali Rescripto. Sed falleris; ita enim respondet Hadrianus, qui tamen omnium controversiarum decisiones in scrinio pectoris debebat habere, ut dubium magis reddat animum consulentis, quam ut eumdem informet. Sic autem pergit: *Et ideo non me consuli de ea re oportet.* Hoc *ideo* concludere equidem, si secundum editionem glossae in verbis antecedentibus legeretur, *Facti quaestio est:* Consuli enim debet Imperator non de quaestionibus facti, sed de controversiis Juris, *l.* 79. §. 1. *de judiciis.* (et propterea glossa *ad d. l.* nostram, bonam hanc esse rationem, asserit) At lectionem illam haud esse probabilem, vel ex eo constat, quod de facto, scilicet de sollicitatione et interceptione servorum, constabat: An autem ista sollicitatio et interceptio sit plagium, an furtum, quaestio juris erat, non facti. Sin autem lectionem Florentinam retinemus; istud *ideo* maxime videtur esse absurdum et *ἀπροσδιόνυσον*. Quid enim hoc est? Ideo quia quaestio est, an ejusmodi servorum interceptio sit plagium, an furtum, non debet Imperator, qui tamen authenticus est legum et controversiarum graviorum Interpres, consuli? Quis ergo alius consuli debet? *Sed*, inquit Imperator, *quod verissimum in re praesenti cognoscitur, sequi Judicem oportet.* Itaque Judex consulendus, et ejus decisio observanda. Unde vero Judex fundamentum decisionis sumet? Etsi enim dicamus, ipsius arbitrio hujus controversiae finitionem relinqui, arbitrium tamen Judicis numquam sine norma

est, de qua norma quaestio hic proponebatur Imperatori. Et quae denique sequuntur verba, magis ancipitem reddent Judicem. *Plane sciri debet, posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri, nec idcirco tamen statim plagiarium esse existimari.* Non licet igitur Judici semper interceptorem dolosum servorum ut plagiarium condemnare. Quando itaque licebit? Et quando non licebit? Debuisset sane Hadrianus differentiam interceptionis ostendere, et circumstantiam illam, quae impediat, quominus non omnis interceptio fraudulenta servi ac furtiva, simul plagii nomine veniat. Sed hoc nequaquam esse factum, ex eo colligo, quod alias haud dubie Callistratus verba ista illustrantia, si quae superfuissent, addidisset.

X.

Deprehendo autem apud Scriptores, quamvis dissimulent, quam se torqueant in explicanda hac diversitatis ratione. Glossa ad *d. l. lit. d.* ut expliect mentem Imperatoris dicens: *posse aliquem furti teneri*, addit: *Ut si opem ad furtum praestitit, vel quia etiam corrupit, ut fugeret: nec subripuit, ut exportatione dominum celaret.* Verum is, qui opem simpliciter ad furtum praestitit, huc non spectat, quia non quaeritur de differentia inter furtum et plagium, sed inter servorum interceptorum furtum et plagium; Sic vero glossae haec sit mens, quasi is, qui opem ad furtum servi praestiterit, non sit plagiarius, istud quidem esset contra *d. l.* 6. §. 2. verb. *quive in earum qua re socius erit.* Conf. Anton. Matth. *d. l. num.* 4. Deinde quod eum, *qui corrupit servum, ut fugeret*, attinet, et hunc pro plagiario habendum esse, ostendunt. *d.* §. 2. verba: *quique servo alieno servaeve persuaserit*, et notavit jam hunc glossae errorem Anton. Matth. *d. n.* 4. Magis ad rem praesentem videntur facere verba ultima glossae, de eo; *qui subripuit servum non tamen eo animo, ut ipsius exportatione* (dicere voluit *de exportatione, vel; exportationem*) *Dominum celaret*, ut scilicet ea inter furtum servi intercepti et plagii sit differentia, quod fur sit is, qui servum intercepit, non tamen post interceptionem eumdem domino celat, plagium autem insuper qui celat eumdem domino. Et huic opinioni praeprimis favere videtur *d.* §. 2. *hujus legis sextae*, nisi quod ex verbis: *quique servo alienoservaeve persuaserit, ut a domino, dominave fugiat*, in contrarium possit argumentatio institui. Si enim is plagiarius est, qui saltem servo fugam persuasit, videtur et is esse, qui revera subripuit, etsi post subreptionem non celet eumdem. Sed haec differentiam infra examinabimus.

XI.

Dominus Struv. *in exercit. penult. th.* 83. ut ostenderet statim in definitione plagii ejus a furto differentiam, dicit plagium esse crimen, quod committatur fraudolenta liberi hominis et servi alieni, *alia scilicet quam ejus lucri causa facta* suppressione. Ergo ex hujus mente furtum servi fit lucri faciendi causa, plagium non item. Desidero hic textum Juris civilis. Provocat quidem vir Magnif. ad Anton. Matthaei *d. l. n.* 1. sed apud eum nihil horum quidquam deprehendo. (Forte cum haec scriberet Dn. Struvius, prae oculis habuit Autorem nostrum, quem vid. *exerc. ult. th.* 15.) Videamus ejus verba, iisque statim immisceamus censuram nostram.

XII.

Quantum ad nominis etymon attinet, inquit *d. t. n.* 2. *seqq. dictum est plagium juxta Isidorum* ἀπὸ τοῦ πλαγίου, *vel* πλαγίως, *quod non solum transverse seu oblique, sed et dolose sonat. Inde plagiarii, qui dolose homines alienos supprimunt: ipsumque plagium nihilaliud, quam fraudulenta suppressio liberi hominis, vel servi alieni. Caeterum supprimitur liber homo, cum sine vi, dolo malo, abducitur, proque servo venditus, habetur, servus quoque, cum sine vi abducitur, cum ei fuga persuadetur, aut fugitivus celatur, l.* 1. 3. 4. 5. 6. §. *ult. h. t. l.* 1. 2. 5. 9. *pen. C. eod. quod dicimus* sine vi, *id tum nominis notatio* (modo allata, quod plagium fiat transverse seu oblique. Sed quemadmodum ista etymologia non ab omnibus probatur, vid. omnino *Dn. Patris dissert. de plag; literar.* §. 30. et si τὸ πλαγίως per *dolose* explicetur, quod facit Matthaei in verbis modo relatis non stringit, cum et violenta ablatio dolose fiat; ita quamvis de priori derivatione certo constet, notum tamen est, ab etymologia plerumque infirma duci argumenta) *tum Antonini Constitutio suggerit, qui in l.* 1. *C. ad L. Fab. de plag. rescripsit, si per violentiam mancipium ereptum fuerit, accusationem legis Juliae de vi intendendam esse.* Quod hanc probationem attinet initio, verbis expressis in *d. l.* 1. *C. d. t.* non dicitur actionem Legis Juliae de vi intendendam esse: *Quod si*, inquit Imperator, *per violentiam mancipium ereptum est, accusationem EJUS non prohibetur intendere.* Hic ergo τὸ EJUS poterit commode explicari tam de accusatione Legis Juliae de vi. quam Fabia de plag. Priori casu sensus *d. l.* 1. is erit: *Pater tuus adversus eum, a quo sollicitatam ancillam, plagio quoque facto exportatam queritur, apud suum Judicem civiliter in rem actione instituta consistat. Si vero in causa tenuerit,*

etiam *Legis Fabiae crimen persequi poterit*, quia scilicet actio rei persecutoria non tollit actionem criminalem. Et quamvis in libello tuo supplici nullam mentionem feceris, an ille sollicitator sine vi, an cum vi servum Patris tui exportaverit; aut, quamvis in libello tuo supplici dubium moveas eo quod sollicitator iste servum Patris tui vi exportaverit; tamen *quod si* etiam *per violentiam mancipium abreptum sit*, accusationem ejus, i. e. vel Legis Fabiae, vel delinquentis ex lege Fabia, non *prohibetur*, pater tuus, finita rei vindicatione *intendere*. Et ita si explices *legem* 1. *C.* sententia Antonii Matthaei ex ea non probabitur, sed refutabitur. Atque huic opinioni videtur favere Treutl. *Vol.* 2. *disp.* 32. *th.* 9. *lit. i.* Altero casu et ex mente Antonii Matthaei, etsi per *τό* EJUS intelligas actionem legis Juliae, uti quoque glossata editio in marg. testatur in manuscriptis nonnullis loco EJUS, legi VIS, tamen id, quod exinde probari vult Matthaei, nequaquam probabitur, sed iste sensus evadet: *Quod si vero per violentiam mancipium abreptum est*, pater tuus finita rei vindicatione *accusationem* etiam *ejus* violentiae vel Legis Juliae de vi *non prohibetur intendere*, sed cum duo hic sint delicta et plagii et vis, electionem habebit, ex utro velit accusationem instituere. Et hunc sensum suadent verba: NON PROHIBETUR. Si enim Imperator dixisset: DEBET intendere, haberet forte, quod allegare posset Matthaei. Jam autem quocunque modo explicet textum istum, sententiam suam tamen ille non confirmabit. Pergimus in verbis Matthaei: *Habet igitur plagium cum hoc* (furto) *commune, ut fiat sine vi, clam et obscure. nec tamen propterea quisquis furti tenetur, is idem plagiarius est l. pen. ff. de L. Fab. de plag.* (Sed jam supra dictum: non confundi debere quaestiones duas distinctas: unam an inter furtum in genere et plagium sit differentia? Alteram, an inter servi intercepti plagium et furtum sit discrimen? De priori non est dubium, at de posteriori maxime dubia agit *l. pen. ff. de L. Fab. de plag.*) *Quippe qui vi rapit servum alienum, etiam furti tenetur, l. 1. ff. de vi bon. rapt. at plagiarius, ut modo dictum, non est*, (sed etiam modo ostensum est, hanc differentiam a Matthaei firmiter non probari. Tentabimus tamen, an non ex ipsa *lege penult. ff. de L. Fab. de plag.* pro opinione Matthaei possit argumentum adduci. Recentiores editiones ita legunt §. 2. *d. l. penult. Lege Fabia cavetur, ut liber, qui hominem ingenuum vel libertinum invitum celaverit, INVINCTUM habuerit...., quique servo alieno servaeve persuaserit, ut a domino dominave fugiat, vel eum eamve invito vel insciente domino dominave celaverit, INVINCTUM habuerit, emerit, sciens dolo malo, quive in ea re socius erit, ejus poena teneatur.* Vides hic utrobique et in libero, et in servo per plagium subreptis, requiri, ut plagiarius eos INVINCTOS habeat, ex quo videtur concludi posse, quod absque vi debeat plagium *committi*. Sed et haec lectio non est constans; Quippe glossata mea non solum pro INVINCTUM utrobique legit: VINCTUM, sed et hanc lectionem sequuntur non pauci Doctorum; Exemplo sit Farinacius *de furt. qu.* 166. *n.* 45. Et suadet quoque hanc lectionem vox: INVITUM *in d.* §. 2. ut taceam illud INVINCTUM minus latinum esse quam VINCTUM. Et si vel maxime de lectione recentiorum editionum constaret, nihil tamen firmum exinde concluderetur, quia possum servum alienum initio per violentiam apprehendisse, quem tamen postea invinctum teneo etc. Manet ergo dubium adhuc circa primam differentiam a Matthaei inter furtum et plagium servi intercepti positam. Audiamus etiam recensentem reliquas: *Et qui in ipso*, pergit, *servi furto deprehensus est, furti quidem tenetur, sed plagii non tenetur.* (Desidero hic iterum probationem:) *Hoc amplius furtum committit, qui servum suum pignori datum creditori surripit, plagium non committit.* (Hanc differentiam concedo, sed ad *d. l. pen. pr.* quidquam facere nego: cum ibi Imperator esse dicat differentiam inter servorum ALIENORUM furtum et plagium) *Denique furti tenetur, cujus ope, consilio furtum factum est, plagii non aeque. Nec adversatur, quod qui plagiario, in qua re socius est, et ipse plagiarius sit, l. pen. §. ult. ff. de L. Fab. de plag. Socium enim intelligere debemus, non qui consilium dumtaxat dedit, aut scalas forte commodavit, sed qui societatem sceleris contraxit, et in ipsa suppressione socius fuerit. Accursius affert et hanc differentiam, quod qui servo fugam persuasit, fur sit, non tamen plagiarius. Verum id falsum esse ex eadem l. penult. apparet, ubi nominatim Callistratus docet plagiariam esse, qui servo alieno persuasit, ut a domino fugiat. Dices: Atqui persuasio consilium est: sufficit ergo consilium ad accusationem. Respondeo: sufficit si servo persuaseris, non si persuaseris tertio.* (Summa eo redit, quod furtum servi committatur etiam mero consilio absque ope, plagium non committatur solo consilio plagiario dato, si non simul quis opem reipsa tulerit. Sed desiderare et hic quis posset probationem.)

XIII.

Jam in his de furti et plagii in servis commissi differentia sententiarum varietatibus, quam

sententiam amplectemur? Si verba legis Fabiae in titulo Digestorum et Codicis fuissent expressa, aut positivi quippiam circa hanc quaestionem ibi deprehenderetur, essemus in salvo. Jam cum nec Legis Fabiae verba extent, neque leges ullae Juris Justinianei nos hac in parte informent (quam enim dubiae sint illae omnes, quae a Doctoribus hunc in finem adducuntur, satis ut puto in antecedentibus ostendi) conjecturis erit opus. Igitur ante omnia inquirendum erit in historia Romana, an Lex Fabia prior fuerit plagiarios puniens, an vero edictum Praetoris, vel alia quaedam lex ante edictum fures coercens. Non vero dubito, quia furtum frequentius semper est, quam plagium, quin lex in furtum lata tempore fuerit antiquior in Republ. Romana, quam Lex Fabia. Coercuit autem lex ejusmodi, vel edictum Praetoris, contrectationem fraudulosam RERUM alienarum invito domino lucri faciendi causa factam. Ergo cum et servi Jure Romano rebus magis quam personis aequiparentur, et interceptio servorum jam lege ista fuerit notata, inde non fuit opus ob horum surreptionem novam legem inventre. Sed quemadmodum quotidie crescere soleant delicta, ita et in Republ. Romana fures hominum non contenti ablatione servorum alienorum, cum haec res quandoque impune ipsis cederet, neque adeo poena dupli, aut quadrupli tanta esset, ut ipsos flagitio absterreret, coeperunt etiam liberos homines malis artibus surripere, eosque postea in alium locum exportare et ibi vendere ut servos. Non debebat hic quiescere Legislator Romanus, sed crescentibus deliotis poenae quoque debebant crescere, praeprimis cum liberi hominis contrectatio, tanquam inaestimabilis, quique non REI, sed personae appellationem in jure venit, ad legem furtum coercentem referri non poterat. Lata igitur fuit tempore Fabii Labeonis anno urbis conditae 171. (ita Perez. *ad Cod. h. t. n.* 1. an recte, alii judicent. Ego non puto, nam anno 171. urbs adhuc erat sub regibus. Quin potius legendum erit *anno* 571. nam hoc anno in Chronologia Romana Henrici Glareani deprehendo Qu. Fabium Labeonem inter Consules) Lex Fabia de plagiariis in eos animadvertens, qui liberos homines, ut et servos alienos fraudulenter et lucri faciendi gratia contrectassent, *arg. t. t. ff. et C. de L. Fabia de plagiar.* Hic maxime probabile est, per Legem Fabiam omnem suppressionem liberorum hominum fuisse notatam, sive fieret ea per dolum et astutiam, sive per meram violentiam. Nam si solam astutiam correxisset Lex Fabia, impunes fuissent, quod esset absurdum, violenti raptores, cum tum temporis nec lex Plautia, nec lex Julia lata fuerit. *Plautiam enim doctissimus Sigonius*, sunt verba Matthaei *lib. 48. tit. 4. c. 1. p. 441. a Catulo Consule latam scribit, una cum P. Plautio Tribuno plebis post Lepidum collegam pulsum atque in Sardinia interfectum* (in indice Glareani anno urbis conditae 676. deprehendo consules M. Æmilium Lepidum et Q. Luctatium Catulum: Sed nescio an hunc annum intelligat Sigonius, cum anno 688. item 708. etiam inter Consules adhuc ponatur M. Æmilius Lepidus, nisi forte hic posterior sit prioris, quem Sigonius pulsum et interfectum dicit, filius) *Alii vero Cn. Pompejo Strabone et L. Porcio Catone Coss.* (hi regnarunt anno urb. cond. 665.) *a M. Plautio Silvano, Trib. Pl. latam existimant, Juliam alii Caesari, alii Octavio Augusto adscribunt. Sed verius est Augusti esse.* Porro quod serviles homines attinet, et illud certum est Plagium servi esse speciem furti, adeoque ab hoc tanquam latiori differre, ut angustius. Ideoque omne plagium servi alieni erit furtum, cum et hic adsit contrectatio rei alienae, *l. 3. pr. ff. de lege Fabia*, fraudulosa, *d. l. 3. pr.* lucri faciendi gratia, quae est definitio furti. Quamvis enim quoad lucrifaciendi animum cum aliis supra dissentire dixerim Dn. Struvium, putantem, plagium alio quam lucrifaciendi animo fieri, tamen ad hanc opinionem, ut alia taceam, infra cum ad leges nostras 39. et 82. *de furt.* reversi fuerimus, dicenda, vel exinde responderi potest, quod furtum illud Kauffungianum communiter a Dd. et Collegiis Juridicis pro plagio fuerit habitum, quamvis hic omnino Kauffungius nullum habuerit alium, quam lucrifaciendi animum. Vide Carpz. *Crim. qu.* 83. *n.* 90. Petri Albini *Hist. Misen. p. I. c.* 21. Et si non omne plagium servi esset furtum, haud dubie id notassent vel Hadrianus vel Callistratus, *l. pen. ff. de leg. Fab.* cujus tamen rei ibi est altissimum silentium. Deinde nec de hac propositione est dubium, quod non omne furtum sit plagium servi, sed furtum tanquam genus praedicetur de furto aliarum rerum, quam sunt servi. Saltem ergo de hac propositione quaestio est, an furtum servi et plagium servi coincidant, seu an quemadmodum omnis plagiarius, servi est fur, ita et omnis fur servi sit plagiarius? Negantibus hoc et Callistrato et Hadriano, nec tamen differentiam distincte ponentibus, et hic operam dabimus, ut quoniam non per leges expressas differentiam ostendere possumus, saltem ostendamus eam per conjecturas probabiles, quaeque non pugnent cum legibus.

XIV.

Ex iis, quas glossa ponit, differentiis, primam, quod ab eo, qui opem tulit ad furtum servi, furtum committatur, non vero plagium,

ut et secundam, quod corruptor servi, ut fugeret, fur fit, non plagiarius, contra *d. l. pen.* §. 2. esse jam supra ostendimus. Restat ut examinemus distinctius tertiam glossae differentiam; istum scilicet, qui servum alienum subripuerit, alio tamen animo, quam ut ejus exportationem domino celet, esse furem non plagiarium. v. g. Subripuit quis domino servum, sed post subreptionem dum dolo malo persuasit servo, ne iterum ad dominum priorem accedat, non celat eumdem domino pristino, sed palam eodem ut servo proprio utitur. Hoc factum in furti crimen incidere forte est sine dubio, praesupposito nimirum, quod fraudolenter, i. e. dum sciverit, se non esse dominum servi et lucrifaciendi causa id perpetraverit suppressor. Sed non esse plagium ideo dicit glossa, quia non celat servum domino. Unde et *ad l.* 1. *ff. eod. tit. u.* commentatur: *An idem* (plagium committit) *si quis sciens vendat, vel emat servum alienum, vel alias contrectet? Respondeo. Sic, si animum celandi dominus* (legendum: *dominum*) *habuit, ut infra eod. l. pen.* §. *lege.* Sine dubio autem glossator ad hanc opinionem fuit commotus, quod in *d. l. pen.* §. 2. (cujus verba supra *p.* 490. dedimus) aliquoties videret occurrere vocem CELANDI. Verum ut et hac in parte a glossa recedam, plures me movent conjecturae. Nam in *d.* §. 2. non solum is, qui servum alienum inscio et invito domino celaverit, sed et qui vinctum (an invinctum? Per supra dicta) habuerit, aut sciens emerit, plagii reus est, quas duas circumstantias a celatione separat JCtus. Deinde *L.* 5. *ff. eod.* statuitur, quod is, qui fugitivum alienum celasse doceatur, non obstante eo, quod proprietatis quaestionem domino referret, plagii poenam evitare minime possit, ex quo infero, quod et is, qui servum alienum subripuit, etiamsi postea illo palam utatur, vel proprietatem, vel aliud quid causatus, non liberatus sit a crimine plagii. Denique nulla apparet ratio, cur legislator ejusmodi furem servorum sub lege Fabia continere noluerit. Certe non solum is fur est, qui rem nobis subreptam celat, sed et ille, qui re semel subrepta eamdem palam ad se translulerit, non timens videlicet ut in furto deprehendatur, vel qui re furto sublata et clanculum ad se translata, palam utitur. Imo in his posterioribus quo major est impudentia, eo majus quoque est peccandi cacoëthes, et propterea eo majore animadversione, vel saltem non leviore in ejusmodi delinquentes est opus. Simili ratione videretur contra rectae rationis dictamen esse, si Lex Fabia in istum saltem servi furem animadvertere voluisset, qui eum post subreptionem celavit, eum vero impunitum dimittere, qui post intercessionem servo palam ut proprio, abjecto omni pudore, usus fuit.

XV.

Pergo ad Antonii Matthaei differentiam primam, quod fur sit, qui servum etiam per vim intercipiat, non autem plagiarius, cum ad plagiarium requiratur, ut sine vi servum sit furatus. Hic superius ostendi, et textum et rationem Antonii Matthaei non firmiter concludere. Jam facili negotio etiam ostendere possum, opinionem istam minus esse probabilem. Fur violentus improbior fur est, quam fur clandestinus. *pr. Inst. de vi bon. rapt.* Quis ergo Legislator hujusmodi furem impunitum dimitteret, nisi illud tritum sibi occini velit audire: *Dat veniam corvis, vexat censura columbas.*

Nec est quod dicas; imo non impunitos mansisse ejusmodi fures improbos, sed jam Legibus publicis vim coercentibus fuisse notatos. Ergo non opus fuisset, ut Lex Fabia illos de novo coerceret. Atqui antea ostendi, et Legem Plautiam et Legem Juliam vim coercentes fuisse recentiores lege Fabia. Et praeterea etiamsi demus, jam ante latam legem Fabiam aliquam legem contra vim Romae in observantia fuisse; tamen ideo non necessarium fuisset, ut Fabius in lege sua exceptionem faceret de fure violento, quemadmodum secundum nostram hypothesin (lege Fabia puniri etiam plagiarium violentum) non opus fuit, ut in lege Julia de vi diu post Legem Fabiam introducta exciperetur fur violentus, tanquam jam lege Fabia notatus, docet quippe Imperator, *l.* 1. *C. ad leg. Fab.* et hunc ex lege Julia accusari posse. Altera Matthaei differentia, quod servum intercipiens, et in servi furto deprehensus pro plagiario non sit habendus, uti nullo argumento probatur, ita et neququam esse probabilem, evincunt ea, quae modo ad differentiam ultimam glossae disseruimus.

XVI.

Restat igitur, quod ultimo loco supra Antonius Matthaei attulit discrimen; furem esse, qui consilium ad furtum servi dedit, non vero esse plagiarium: quod solum aliqua ratione probabili niti mihi videtur. Quamvis enim supra dixerim, et hic probationem desiderari, tamen etsi leges expressae nos deficiant, non deficit tamen ratio, vel conjectura probabilis, legibus haud contraria, qua in praesenti materia nos contentos esse debere monui: Jam vero certum est, etsi is, qui consilium dat ad crimen, suo modo etiam de delicto participet, per ea quae latius tradunt Hugo Grotius *de J. B. lib.* 2. *c.* 21. et ibi commentatores ejus, certum tamen est, etiam consilium nudum dantem et delictum non exequentem non aequale committere crimen, et consequenter non aequali poena

delicto semper proportionata esse dignos. Notandum vero ante omnia, quod vox Consilii, ut et mandati, sumantur vel late, ut unum de altero promiscue praedicetur, vel stricte, ut sibi invicem contradistinguantur, et tunc mandans est, qui alieni delictum aliquod gratis exequendum suadet in suam mandantis utilitatem, ita ut, si absque mandante fuisset, mandatarius delictum non perpetrasset, consulens vero dicitur, qui in utilitatem ejus, cui dat consilium, certas quasdam circumstantias illi ad delictum perpetrandum suppeditat, ita tamen, ut ipse consulens nullam inde utilitatem sentiat, et alter delictum etiam perpetrasset, quamvis absque consulente fuisset, vid. Carpzov. *Crimin. qu.* 4. *n.* 2. 3. Hic consilium in sensu stricto accipimus. Quamvis igitur in Jure Civili infinitae leges deprehendantur, quae et consilium eadem poena, qua ipsum delictum esse puniendum asserunt, vid. Ant. Matthaei *de Crimin. Proleg. c.* 1. *num.* 7. *p.* 8. *et ad lib.* 48. *ff. tit.* 18. *c.* 4. *n.* 18. *pag.* 799. Communis tamen schola Dd. distinguit, fueritne reus et absque consilio peccaturus, nec ne: Priori casu existimat, eum, qui consilium dedit, puniendum esse lenius, posteriori casu puniendum esse poena ordinaria. Et secundum hanc distinctionem non solum dictos Juris Civilis textus explicari posse statuit Anton. Matthaei *d. p.* 799. sed et secundum eam Carpzovius illum, qui homicidium mandaverit, a poena ordinaria homicidii, adducto praejudicio, liberandum esse concludit *Crimin. d. qu.* 4. *n.* 27. 32. Unde et obiter infero a minori ad majus, quod secundum hanc distinctionem limitanda sint alia loca ejusdem Carpzovii eamdem poenam in mandantem et mandatarium decernentia, in crimine rapinae, *qu.* 91. *n.* 21. 22. 23. 54. abacti partus, *qu.* 11. *num.* 10. diffidationis, *qu.* 37. *n.* 43. 47. incendii *qu.* 38. *n.* 48. 49. 53. et veneficii. *qu.* 50. *num.* 32. 35. Quo notato de illo jam nobis constare debet: An is, qui homini citra ipsius consilium servum intercepturo consilium absque ope suppeditat, et ita quidem, ut ipse consulens nullam spem habeat de lucro participando ex futura servi interceptione, eadem subsecuta, pro fure haberi, et in eum actio furti institui debeat? Nos putamus affirmandum esse *per l.* 52. *pr. et l.* 19. *ff. de furt.* non obstante §. 11. *Inst. de oblig. quae ex del. nasc.* utpote qui de consilio simplici loquitur et nudo hortamento, v. g. si quis absque determinatione personarum et modi alicui furtum suaserit. Nobis vero sermo est de consilio praegnante aut qualificato, quod Ulpianus *l.* 50. §. 3. *de furtis* describit: *Consilium dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum*, Cum itaque ejusmodi Consiliarius jam satis videatur punitus esse, quod etsi non contrectasset rem alienam, nec ullum lucrum inde sensisset, tamen actione furti in duplum conveniatur, inde praesumendum est, *arg. d. l. pen. pr. de L. Fab. de plagiar.* legem Fabiam in eum nova et extraordinaria poena advertere noluisse. Haec est conjectura mea de senso *d. l. penult. pr.* quae tamen facile aliis meliora docentibus cedet.

XVII.

Caeterum cum supra *d. princ. l.* 6. cum dubiis, quae in ejus lectione cuidam occurrere poterant, et rationibus rescriptum Hadriani ut ineptum oppugnantibus recensuerimus, non pigebit idem cum periphrasi illud perspicue explicante, et rationes decidendi suppeditante, corollarii loco subjungere. Scilicet narraverat quispiam Hadriano in libello supplici, Titium v. g. servos alienos sollicitasse aut intercepisse; et quaesiverat, an is sollicitator, vel interceptor plagii teneatur nec ne? Respondet ei Hadrianus: *Servos alienos, qui sollicitaverit aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenditur, teneatur, nec ne, facti quaestio est;* (h. e. factum, quod tu mihi proposuisti, non sufficienter enumeravit circumstantias ad crimen Plagii, ut et ad quodlibet furtum necessarias. Nam non omnis, qui servum alienum sollicitavit et intercepit, pro fure aut plagiario habendus est, sed qui id fecit dolo malo. Is enim, qui justa opinione domini et bona fide servum, etsi revera alienum, sollicitavit aut intercepit, nequaquam fur aut plagiarius est, *l.* 3. *ff. de L. Fab. l.* 8. *C. eod.* Ergo quamdiu de dolo malo intercipientis nihil proponis, proposita quaestio in facti recensione manca est) *et ideo non me consuli de ea re oportet, sed quod verissimum in re praesenti* (coram Judice super circumstantiis doli mali) *cognoscitur, sequi Judicem oportet. Plane autem* (etsi forte judex reum ob interceptum servum alienum pro fure declaraverit) *scire debet* (ne tu forte eumdem et pro plagiario habeas) *posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri, nec ideirco tamen statim plagiarium esse existimari* (velut si quis nudum consilium plagiario dederit, et inde si is, de quo quaesivisti, et ipse ad interceptionem servi consilium saltem suppeditavit, nec is plagiarius erit.)

XVIII.

Obliti pene fuimus Ulpiani nostri, cujus tamen gratia hanc etsi citra spem satis prolixam disputationem super intellectu *d. l. penult. pr. ad L. Fab.* instituimus. Ergo redeamus in viam,

et quid ipse ad propositam quaestionem, de eo, qui scortum libidinis causa suppressorat, an lege Fabia tenaatur, respondoat, audiamus. ET NON PUTO, inquit, TENERI, ET ITA ETIAM EX FACTO, CUM INCIDISSET; DIXI. Ratio ex iis, quae jam disputavimus, in promptu est. Omno plagium servi cat furtum. Ergo ubi non est furtum, ibi nen plagium. Jam vero dixerat JCtus, eum, qui Aocillam alienam libidinis causa suppressorat, furtom non committere, fluit ergo sua sponte, quod nec plagium committat. Notare hano JCti decisionem debent illi, inter quos est Autor *ex. ult. th.* 15. qui istam inter furtum et plagium servi notant differentiam, quasi furtum nommittatur lucrifaciendi auimo, plagium non item. Si cnim ista opinio procederet, haud dubie respoodisset Ulpianus in proposita quaestiona, istum suppressorem pro plagiario esse habcodum, quia in praecedentibus satis demonstraverat, eum non lucrifaciendi causa ancillam rapuisse. Contra quos et Illud deniquo observari velim, et crimen raptus evincerc, quod ad plagium ejusque formalo omnino requiratur lucrifaciendi animus. Nam et plagium committitur rapiondo liberum bominem, et raptus. Differentia autem inter plagium et raptum est, quod raptus fiat libididinis causa, Struv. *Exerc.* 49. *th.* 41. h. e. non lucrifaciendi animo, *arg. l. nostrae* 39. *dc furt.* plagium autem lucrifaciendi animo *v. g.* si quis virginem rapiat, ut eam vendat etc. cum secuodum Autoris determinationem plagii haec potius inverti deberent, ut is; qui virginem *v. g.* rapit, ut iterum vendat, non plagiarius fit, sed fur simplex, quia raperet lucrifaciendi animo, e contrario is qui virginem ad libidinem rapit, non raptor sit, sed plagiarius, quia lucrifaciendi animo destituitur. Sed ad Ulpianum nostrum. Hio ut non saltem ad quaestionem propositam rospooderet, sed et objectionem, quae contra docisionem suam proponi poterat, removeret, addit sequeotia: HIC ENIM TURPIUS FACIT QUAM QUI SURRIPIT: SED QUIA SECUM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT, CERTE FUR NON EST.

XIX.

Verba iterum nimis obscura: ut nescias, contra quam thesio ratio dubitaodi sit directa: Ille, qui surripit aocillam libidinis causa, turpius facit, quam qui simpliciter surripit lucrifaciendi animo, verum est, sed quid indo concludi debet? An illud? Ergo qui ita ancillam intercepit, fur cst? Ita quidem conjectari licet ex responsione Ulpiani contradicentis, quod fur non sit. At si hoc modo formata fuerit objectio, aperta laboraret ineptitudine concludendi, cum nequaquames quatur; hic turpius quid committit quam fur, ergo fur est: Poterit enim esso adulter, homicida, blasphemus etc. An illud exinde debemus inferre: Ergo ejusmodi rapiens ancillam alienam non debet impunitus relinqui, cum tamen JCtus eum in lego nostra ab omni poona absolvere videatur, dum eum nec ut furem, neo ut plagiarium puoiri posse asserit? Si is est sonsus objectionis, uti videtur csse, non recte se habet responsio JCti, diversum quid ab objectione respoodeotis. Objiciebatur enim, istum raptorem esse puniendum, et Ulpianus rospondet, eum non esse furem. De alio objentio loquitur, de lactuca responsio. Deiode neo ratio magis perspicua ea, quam Ulpianus suppeditat: *quia secum facti ignominiam compensat*, sive exindo concludere velit JCtus, eum non esso furem, quod verba suadent, sive eum non csse puniendum, quod objectio dosiderat. Quid enim est hoc loco: eum, qui alienam Ancillam rapit libidinis causs, secum facti ignominiam compeusare? Ut ingenue fatear ignorantiam meam, quid velit Ulpianus, napero nequeo. Compensatio semper est ioter duos et divorsorum debitorum mutuorum. Hio autem una persona raptor est Ancillae duplici delicto conspicuus et raptu et libidine. Compensabitur igitur raptus Ancillao cum libidine, unum delintum cum altero delicto ejusdem bominis? Hoc vero est contra communem compeosationis conceptum.

XX.

Conatur equidem glossa haec Ulpiani verba illustrare. *Sic*, inquit, *supra de jurejur. l. nam posteaquam, et l. duobus, et arg. supra de offic. Praef. l. dives in finc.* Sed neo hic intelligo, quid textus allati ad explicationem legis nostrae faciant: Doctissimus Tabor *in racemat. crim. ad l. nostram* 39. *p. m.* 207. *in versu: AN TANTUM VEL FABIA etc. ratio decidendi obscura est. Sic autem declaratur a Petro Gregor. lib.* 36. *Syntagm. cap. ult. num.* 10. *impunitum constitui reum ob personae, quam supprimit, vilitatem, quae turpitudine vitae indignam se legum animadversione reddiderit. Quin imo satis puniri supprimentem facti ignominia juxta illud Graecorum dicterium:* τὰ πλημμελήματα ἀντισυλλογίζονται. *Paria delicta mutua pensatione inprimis cum pecuniariter interest, l.* 10. §. 2. *de compens. dissolvuntur, l. viro* 39. *solut. matrim. l.* 7. *rer. amotar.* Hio illam responsionem ad objectionem prolatam tolero de vilitate personae, in quam fuit delictum commissum, nempe meretricis. Nam nec eum, qui Meretricem liberam rapoisset libidinis causa, ut raptorem puniendum esse, latius probat Ant. Matthaei *de crimin. l.* 48. *tit.* 4. *c.* 2.

n. 4. *pag.* 447. *seqq.* Sed haec responsio verba JCti nostri non explicat. Et quamvis altera, quod is, qui scortum rapiat, satis puniatur facti ignominia, magis ad mentem Jcti accedat, non tamen convenit verbis ejus ex asse, nisi corrigere textum velis, et loco: *quia secum facti ignominiam compensat*, legere, *quia se cum facti ignominia compensat*, aut quod probabilius: *qui scilicet cum facto* (facile enim contingere potuit, ut loco horum verborum, *quia sc. cum facto* legeret scriba: *quia secum facti*) *ignominiam compensat*, quam conjecturam relinquo Criticis. Quod autem Tholosanus istam responsionem, et per eam Ulpiani verba declarare opinatur ex *l.* 10. §. 2. *de compensat. et l.* 39. *solut. matrim.* non assentior ob modo dicta, quia paria delicta quidem compensantur, si duae sint personae delinquentes; At hic unus saltem delinquit et raptor nimirum, alter delinquens deficit.

XXI.

Haec pro Ulpiano ejusque mente dicta sufficiant. Audiamus et Paulum in *l.* 82. §. 2. *de furtis*, de iisdem quaestionibus disserentem. Ubi initio repetendum, desumptam esse *d. l.* 82. *ex. libro secundo receptarum sententiarum Pauli*, ex quibus sunt fragmenta illa, quae cum doctissimi Jacobi Cujacii interpretationibus adhuc hodie circumferuntur. vid. Eberlin. *de O. J. cap.* 52. *n.* 30. *p.* 529. Jam si horum fragmentorum *tit.* 31. *lib.* 2. qui de furtis agit, evolvamus, deprehendemus nullum vestigium in eo *principii et* §. 1. *d. l.* 82. Paragraphus vero secundus qui est in *d. l.* 82. est §. 11. *in d. tit.* 31. *fragmentorum* cum variatione tamen initio notata. Imo et §. *ultimus d. l.* 82. reperitur *in d. tit.* 31. §. *penult. fragmentorum.* Sed et ibi verba quaedam aliter sonant, quam in *d. l.* 82. scilicet hunc in modum: *Qui tabulas cautionesve surripuit*, (lex. 82. *surripuerit*) *in adscriptam summam furti actione tenebitur. Nec interest* (lex 82. *refert*) *cancellatae nec ne sint, quia ex his debitum dissolutum interest comprobari* (lex. 82. *quia ex his debitum magis solutum esse comprobari potest.*) Cum igitur non conveniat fragmentis cum textu *legis* 82. maxime, ut supra recensitum, quoad lectionem §. 2. l. 82. quam lectionem putabimus magis ad mentem Pauli esse? Hic forte ante omnia considerandum foret, unde haec fragmenta sententiarum Pauli ad nos pervenerint? Et qui eveniat, ut *d. l.* 82. *principium et* §. 1. ibidem plane non deprehendamus, *paragraphum* 2. vero et 3. insuper ita dispersos? Sed quemadmodum his meditationibus jam diutius vacare non est otium, ita tamen dubito lectionem fragmentorum praeferre lectioni *legis* 82. quia norunt eruditi, et in confesso esse arbitror, Tribonianum in consarcinatione centonum ex JCtis antiquis collectorum saepissime arbitrium sibi sumpsisse textus eorum pro lubitu corrigendi (jure an injuria jam non disquiro) ita ut exinde acutissimus Wissenbachius argumentum peculiaris libelli elegerit, sub titulo: *Emblemata Triboniani*: in quo inter alia duplex specimen nobis exhibet ad opinionem nostram perquam faciens, conferendo nimirum *pag.* 339. *legem* 14. *ff. de statu hom.* ex *lib.* 4. *sentent. Pauli* cum *fragmentorum lib.* 4. *tit.* 9. §. 2. *et* 3. *p. m.* 73. *et p.* 398. legem *si quis aliquid* 38. §. 8. *ex lib.* 5. *sentent. Pauli* excerptam cum *fragmentorum lib.* 5. *tit.* 25. §. 7. *p.* 93. ac simul ostendendo, quam in dictis textibus, et ob quam causam Tribonianus verba Pauli vel castraverit, vel aliquid eisdem addiderit. Idem ergo suspicor factum esse in praesenti loco *lib.* 2. *fragment. tit.* 3. §. 11.

XXII.

QUI MERETRICEM, inquit Paulus, LIBIDINIS CAUSA RAPUIT ET CELAVIT, EUM QUOQUE FURTI ACTIONE TENERI PLACUIT. Vides aperte hic a Paulo contradici sententiae Ulpiani. Caeterum tamen haec contradictio duplicem potest habere sensum. Nam et Ulpiani thesis in *l.* 39. *de furt.* et Pauli antithesis *h. l.* conceptae sunt indefinite. Indefinitae vero propositiones, pro diversitate materiae substratae, uti ex Logicis notum est, possunt fieri vel universales, vel particulares. Jam si Ulpiani verba consideremus, videtur is in mente habuisse propositionem universalem negativam, quod NULLUS, qui Ancillam Meretricem libidinis causa rapuerit, furti teneatur, quia rationem assertionis suae in τῷ libidinis causa rapere ponit. At quia Paulus rationem suae contradictionis non apponit, inde nescias; indefinita ejus aequipolleat propositioni affirmativae universali, an particulari, praeprimis cum per utramque recte contradicamus propositioni universali negativae. Cogitemus ergo, quae secundum utrumque sensum pro Paulo contra Ulpianum disputari queant.

XXIII.

Et *primo* quidem ea sit Pauli opinio, OMNEM, qui libidinis causa Meretricem Ancillam (nam quamvis Ancillam non nominet, sed Meretricis saltem faciat mentionem, probabile tamen est, eum non quamvis Meretricem innuere, sed servam saltem, quia furti meminit in sequentibus, quod in libero homine non committitur) rapuerit aut celaverit, furti teneri, dubitavit forte, an recte ab Ulpiano in *dict. l.* 39. opponatur animus lucrifaciendi animo libidinis. Notum quippe est

in materia delictorum vocem lucri communi loquendi usu supponi multis modis, ita ut non solum 1. strictissime lucrum sentire dicatur delinquens, si a laeso bona fortunae ad se transtulerit, uti in rapina, sed et 2. si bona fortunae perdiderit saltem, tam aestimabilia, uti in damno Legis Aquil. (hic enim lucratur quod potestatem sibi sumpserit res alienas perdendi) quam 3. inaestimabilia, ut in homicidio, stupro etc. (ubi est eadem ratio. Conf. quae dixi *in Philosophia Juris* §. 90. *et seq.*) Vel ita dicendum: Delinquentem sentire lucrum aut late, et improprie, quoties laeso damnum dat circa bonum aliquod, etsi ex bono isto nullam utilitatem ipse laedens percipiat, sed solam voluptatem; aut stricte et proprie, ut non solum damnum sentiat laesus, sed ex laesione insuper praeter jucunditatem, vel etiam absque hac utilitas aliqua in laedentem redundet. Jam quidem certum est: Lucrum in definitione furti pro proprio isto sumi, non pro improprio, et in eo potissimum esse differentiam inter damnum Legis Aquil. et furtum, *arg. l.* 41. §. 1. *ad l. Aquil.* sed interim tamen non statim certum est ac indubitatum, in quo praecise lucri, quod furtum facit, consistat essentia, ut non videatur operam perdere, qui de eo accuratius cogitaverit; quod mihi jam non licet. Sic *v. g.* etsi fur non sit, qui me praesente perdit rem meam, aut etiam absente me eandem corrumpit, modo tamen eandem non transferat ad se; ita nullus dubito, quin is fur maneat, qui rem meam clanculum ad se jam translatam, postea sponte corrumpit. An et depositarius, aut creditor fur erit, rem depositam vel oppignoratam dolo malo corrumpens? Porro et utilitas, quam ex rebus alienis sentio, varia est, modo enim denotat utilitatem rei donatione iterum compensatam, modo simplicem absque compensatione, modo utilitatem superfluam, modo summe necessariam ad vitae sustentationem. in materia contractuum notum est, illos contractus demum dici lucrativos, ubi alter nullam rursus a me accipit utilitatem, reliquos vero, etiamsi et ipsi utilitatem aliquam utrinque afferant, nuncupari onerosos. At in furto lucrum est, etsi ei, cui modo centum donaveram, decem clanculum auferam. In quaestione de moralitate ablationis annonae alienae, in casu necessitatis, dixi *annot. ad init. th. hujus s. p.* 213. quosdam Moralistarum istum actum ideo excusare, quod non fiat lucrifaciendi gratia, sed saltem ad vitam sustentandam, quasi in materia furti lucrum sumatur saltem de superfluo, quod falsum est: Nam aeque fures sunt, qui rerum ablatarum indigent, quam qui opibus abundant, quamvis in his major sit peccandi pruritus, quam in illis. Denique ad quaestionem nostram omnium maxime videtur facere distinctio, quod utamur bono vel ut mere jucundo, vel ut mere utili, vel ut mixto. Cujus distinctionis usus in materie furti, ut percipiatur eo melius, ita pro Paulo contra Ulpianum dissero: Is, qui Meretricem Ancillam alienam rapit libidinis causa, ideo quia libidinis causa rapit, fur est; rapit enim ut ea libidinose utatur: At qui rem aufert, ut ea utatur, habet animum lucrifaciendi; qui animum lucrifaciendi habet, ille, (si reliqua furti requisita adsint, prout hoc loco praesupponimus) fur est. Nec est quod dicas; imo vero, impurus iste homo Ancilla non utitur, sed abutitur. Imo vero, inquiet Paulus, non abutitur, et si vel maxime abutatur, tamen propterea fur esse non desinit. Non abutitur, quia utitur ea ad eum finem, ad quem destinata erat a domino, praesupposuimus enim casum de Ancilla Meretrice. Etsi vel maxime Ancilla ista fuerit non Meretrix, tamen et ille subreptor, qui re abutitur, hoc est ad alium finem, quam vel dominus vel natura eam destinavit, utitur, fur est, (unde obiter vides, sive statuas eum, qui libidinis causa Ancillam rapuit, furem esse, sive non esse, inter Ancillam Meretricem, et non Meretricem nullam esse differentiam.)

XXIV.

Verum non obstante hoc argumento ad explicationem mentis Paulinae prolato, pro Ulpiani sententia responderi potest, falsum esse, quod omnis ille, qui rem alterius rapit, ut ea utatur, furtum committat, cum secundum distinctionem allatam modus utendi omnino sit secernendus. Is enim, qui rem aufert, v. g. pecuniam, eum in finem, ut ista utatur, tanquam bono mere utili ad usus scilicet vitae, vel ad incrementum, bonorum, haud dubie fur est. Deinde nec is, qui rem meam aufert, ut ista utatur, tanquam bono partim jucundo, partim utili, e furum numero venit eximendus. Neque hic refert, an ipsius intentio primaria respiciat utilitatem, an jucunditatem, modo bonum ipsum quod aufertur, primario ad usum, non ad jucunditatem sit destinatum: cujus rei exemplum propono in illo, qui rem valde mihi caram contumeliae causa aufert eamque detinet. Etsi enim hujus primaria intentio sit, ut ex contumelia hac jucunditatem sentiat, tamen si bonum, quod abripit, principaliter ad utilitatem sit destinatum, (h. e. si pretium ejus bona mea augeat, si id detineam) ideo non magis a furto liberabitur, ac ille, qui saccum pecuniae plenum abripiens, *furti etiam sacci nomine tenetur*, etsi primaria ejus intentio non sit sacci abripiendi. *vid. l.* 77. *ff. de furt. et Autorem hac th.* Notum equidem est mihi, communiter Doctores in explicanda definitione furti ad verbum: *lucrifaciendi causa*: commentari solere, ablationem rei alienae

fraudulosam, si alia intentione fiat, in aliud genus delicti cadere, et v. g. si contumeliae causa, injuriam esse, eamque in rem adducei legem ipsius Pauli 53. *pr. ff. de furt.* in qua JCtus eum, *qui injuriae causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint*, a furti crimine absolvit. Vid. ex pluribus Vinn. *in not. ad* §. 1. *Inst. de oblig. quae ex del. nasc.* Sed quia hic textus per ea, quae jam supra *p.* 373. observavimus, speciali ratione nititur, ideo nollem ex eo regulam generalem extruere, et ejus decisionem ad illum, qui contumeliae causa rem meam ipse subripit, apparente sat crassa diversitate a casu *d. l.* 53. applicare. Alia ratio est ejus, qui libidinis explendae causa ancillam alienam meretricem subripit. Hic enim, si non intentionem habeat ancillam in bonis detinendi, sed expleta libidine domino restituendi, ancillam abstulit, ut ea utatur non tanquam bono utili, sed tanquam bono mere jucundo, et propterea nec ejus intentio fuit, ut lucrum exinde faceret, seu bona sua pretio ancillae augeret, et consequenter furtum in ea non commisit. Eadem iterum est ratio, etiamsi ancilla non sit meretrix. Quamvis enim hic accedat deterioratio aliqua in corpore ancillae, et fortasse etiam in ejus pretio, tamen quia propterea nullum lucrum accessit bonis raptoris, nec hanc actio ad furtum pertinebit, sed propter deteriorationem raptor Lege Aquilia tenebitur. Haec de primo intellectu verborum Pauli.

XXV.

Venio ad *alterum* eumque particularem. Poterunt enim eadem et ita intelligi, ut sensus eorum sit iste, quod QUIDAM, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuerit, aut celaverit, furti teneatur. Ad hujus sententiae veritatem ostendendam poterunt adversus responsionem, explicationi sensus universalis datam, sequentia urgeri. Concedet itaque Paulus Ulpiano, eum, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuit, furem non esse, si *scilicet habeat simul intentionem, eamdem, libidine expleta, domino restituendi*: At vero, inquiet Paulus, non omnis, qui ancillam meretricem libidinis causa rapit, de restitutione simul cogitat. Non debebat Ulpianus verba sua ita generaliter ponere, sed limitationem istam *d. l.* 39. inserere. Quid enim si is, qui ancillam subripuit, intentionem habeat ea ad longum tempus utendi, nec de restitutione cogitet? Hic sane aeque videtur furti teneri ob ancillam subreptam, ac ille, qui ob saccum subreptum furti teneri dicitur in *d. l. 77. ff. de furt.* Quemadmodum enim hic posterior secundum explicationem Autoris in thesi, habet intentionem, saltem secundariam, sacci lucrandi, ita et illius primaria quidem intentio erat expletio libidinis, sed secundaria tamen simul retentio ancillae, et per consequentiam tendit ad retentionem ancillae, et per ejus pretium bona subreptoris augentur; adeoque subripuit ancillam, ut ea utatur, tanquam bono jucundo simul et utili, qualem intentionem diximus modo ad furti constitutionem sufficere. Eadem ratio erit iterum in ancilla non meretrice libidinis causa rapta. Imo ne quidem ad sententiam Pauli tuendam videtur opus esse, ut subripiens non habeat animum restituendi ancillam. Quid si enim quis ancillam, seu meretricem seu non meretricem, rapuerit cum duplici intentione primaria, una libidinis explendae, altera lucrifaciendi, *v. g.* ut aeque libidinem suam expleat, quam bona sua augeat, aut certe non diminuat? Finge, Titium ancillae fruendae desiderio flagrare, nolle tamen domino ancillae eamdem lenocinanti, mercedem petitam solvere, sed subripere ancillam cum intentione aequali et stuprandi ancillam et mercedis lucrandae causa. Non video, cur hujusmodi raptor a crimine furti sit excusandus, quamvis in hoc casu, si actio furti sit instituenda, non videatur duplicandum aut quadruplicandum pretium ancillae, sed mercedis interceptae. Si igitur haec mens fuerit Pauli *in dict. loc.* 2. *sentent. tit.* 31. §. 11. tantum abest, ut ab ejus sententia recedendum putem, ut potius istas duas limitationes, (scilicet tum demum raptorem libidinosum ancillae, meretricis seu non meretricis, a furto excusari, si habeat intentionem eamdem libidine expleta domino restituendi, nec simul intendat interceptionem mercedis a domino lenone desideratae,) sententiae Ulpiani in *dicta lege* 39. *de furt.* addendas arbitrer, ut mediantibus iis (de quibus forte Ulpianus tum temporis non cogitavit quidem, sed tamen si cogitasset, easdem probabiliter addidisset,) Ulpianum cum Paulo conciliare.

XXVI.

Jam quid Tribonianus fecit? Hic cum *l.* 82. *ff. de furt. ex libro secundo sentent. Pauli* excerperet, et in prolata verba incideret, et nimis recens recordatio esset eorum, quae quoad istam quaestionem ex Ulpiano collegisset in *l.* 39. *de furt.* quibus prima fronte sententia Pauli non videbatur congruere, ne frustra in praefatione Pandectarum gloriaretur, nihil dissonum in iisdem reperiri, cogitavit, quomodo interpolatione quadam antinomiae isti succurrendum esset, et cum in *l.* 39. videret, Ulpianum non solum libidinis mentionem injicere, sed et de ancilla meretrice loqui, de genuina ratione decisionis parum sollicitus, sufficere putavit, si aliqualem saltem differentiam inter textus hos faceret, et ita in textu Pauli ex meretrice fecit NON meretricem, male propterea de ingeniis

nostris meritus, nosque revera miseros et bis terque miseros reddeos, quod ipsius culpa inter scopulos jactemur, ut de eo in simili causa conqueruntur Francisc. Hottomannus 3. *obs.* 9. et Franciscus Balduinus *l.* 2. *Justiniani p.* 113. citati a Wissenbachio *in fine emblematum Triboniani.* Neque contentus hac intercalatione, cum in *d. l.* 39. recordaretur, Ulpianum ibidem una fidelia adhoc alium parietem dealbasse, et ex eodem principio ejusmodi raptorem ancillae meretricis, e crimine plagii absolvisse ut et ἴυγμα suum de ancilla non meretrice ulterius extenderet, addidit textui Paulino et hujus quaestionis decisionem, de qua tamen Paulus ibidem ne quidem cogitaverat, scilicet suppressorem ancillae non meretricis poena legis Fabiae teneri. Nam si secundum mentem Pauli ad quaestionem istam respondendum fuisset, dixisset equidem, subreptorem et ancillae meretricis et non meretricis, lege Fabia teneri, argumento eorum, quae in antecedentibus diximus. Si enim ex sententia Pauli omnis raptor ancillae libidinis causa, fur est, sequetur, ut et sit plagiarius, quia supra demonstratum, illum furem servorum saltem a crimine plagii eximi, qui consilium nudum dederit. Sin vero Pauli opinio fuerit, quod quidam raptor libidinosus ancillae, furtum committat, tunc secundum duplicem hujus explicationis casum, diversimode etiam ad quaestionem de plagio esset respondendum. Is, qui animo non restituendae ancillae eamdem libidinis causa subripuit domino, quia iterum est fur ancillae, erit quoque plagiarius. At is, qui ancillam libidinis causa rapit cum intentione eam quidem domino restituendi, sed intercipiendae tamen simul mercedis postulatae, is plagiarius non erit, etsi fur sit, quia furtum non committit in ancilla, sed in mercede intercepta, at plagium est furtum hominis.

XXVII.

Nihil restat, quam ut respondeamus doctissimo Tabori, lectionem communem *d. l.* 82. §. 2. et ita distinctionem inter ancillam meretricem et non meretricem defendenti. Ita autem inquit *Racemat.* 3. *ad tit. de furt* §. 16. *p.* 99. *Nos veterem distinctionem probamus inter ancillam meretricem, et non meretricem, quam tradit Scholiastes lib.* 60. *Eclog. cap.* 76 *p. m.* 528. *laudat Cujacius ad Paulum* 2. *sent.* 31. §. 10. *eleganterque declarat ipse Bachovius ad Wessenb. hic, num.* 6. Sed huic declarationi Bachovianae jam supra respondimus. Latius hanc opinionem suam vir Consultissimus illustrare allaboravit. *ibid. in Indice Legum tituli ff. de furt. ad d. l.* 82. §. 2. *p.* 282. Nos ipsius verba recensentes, brevitatis studio immiscebimus statim per modum parentheseos, responsionem aut declarationem nostram. *Quamvis enim,* inquit, *ex fine et intentione, delicta cum primis aestimentur:* (atque etiam raptus ancillae non meretricis libidinis causa factus, videatur a furti crimine eximendus, *arg. l.* 39. *pr. de furt.*) *quia tamen finis duplex hic occurrit, initio subducendi eam, quam sine corruptione et damno domini subducere quis non possit, deinde intentio flagitium committendi venereum, aequum certe est, domino utilioris actionis compendium non invideri.* (Per utiliorem actionem hic actionem furti haud dubie intelligit, eamque non ex intentione flagitium venereum committendi derivat, alias enim et raptor ancillae meretricis fur esset, contra *d. l.* 39. *pr h. t.* sed EX INTENTIONE SUBDUCENDI EAM, QUAM SINE CORRUPTIONE ET DAMNO DOMINI SUBDUCERE QUIS NON POSSET. Singula verba hic consideranda. INTENTIO SUBDUCENDI nuda, non potest causa esse furti, quia alias iterum raptorem ancillae meretricis crimini furti subjiceret. Quod vero subductio haec non posset fieri SINE CORRUPTIONE ancillae non meretricis, illud initio non caret dubio. Aut enim loquitur de corruptione corporis, aut de corruptione animi. Si prius, nova iterum distinctione opus esset, inter ancillam non meretricem, virginem, et non virginem: in hujus corpore nulla corruptio timenda, secus in illius. Si posterius, certum est, iterum, si illa ancilla non meretrix vi stupretur a raptore, non corrumpi ejus animum, cum non assentiatur delicto. Deinde etsi demus, illam subductionem fieri nunquam posse sine corruptione animi et corporis, corruptio tamen servorum alienorum non producit furti actionem, sed vel Legis Aquiliae, vel servi corrupti. Idem responderi potest ad id quod dicitur, subductionem non posse fieri absque DAMNO DOMINI. Nam et hoc loco quaestio secundum modo memoratam distinctionem definienda. Si ancilla non meretrix fuit virgo, diximus quidem corrumpi ejus corpus, sed hic inquirendum foret in Romanis antiquitatibus, an ancillae virginis majus fuerit pretium, quam non virginis? Tum tamen dicendum domino propter ejusmodi depretiationem jam succurri per actionem legis Aquiliae. In non virgine, cum quoad corpus non corrumpatur, nec quoad corpus damnum sentiet dominus, nec, ex rationis identitate, damnum sentiat dominus quoad animum, si vi stupretur ancilla rapta. Quod si post raptum in stuprum consentiat, damnum quidem ob animi deteriorationem sentit dominus, sed hic tamen ipsi jam per actionem servi corrupti fuit consultum, ut et priori casu, si vi stuprum passa fuerit, *arg.* §. *sed etsi* 8. *Inst. de obligat. quae ex del. nasc.* Si vero

illud damnum intelligat D. Tabor, quod dominus cogatur interim carere operis ancillae, donec raptor libidinem suam iu ea expleverit, et respectu hujus habebit actionem legis Aquil. utilem, aut ad interesse. Ut taceam, hujusmodi damnum etiam adesse io rapta aocilla meretrice; Breviter: damnum laesi absque lucro laedeotis, nuoquam producit actionem furti.) *Sufficit enim hoc verum esse, quod furtum revera commissum sit*, *d. l.* 39. *ibi. non factum.* (Sed veritas hujus assertionis per *d. l.* 39. nou probatur: etsi enim ibi dicatur, in furto non factum, sed intentionem considerari debere, ostendimus tamen modo, inteotiooem io raptu ancillae non meretricis, eon magis facere furtum, quam in raptu ancillae meretricis.) *Nec potest animus lucrifaciendae ancillae plane excludi ab eo, qui aliter ancillae non merotricis, illicita consuetudine potiri vix potuerit, facit l.* 77. *hic.* (imò potest excludi, si modo habeat animum, ancillam uon retineodi iu bonis suis, sed expleta libidine restituendi domino. Aut si hunc ooo habeat raptor, ostendi in antecedentibus, et raptorem ancillae meretricis pro fure habendum. Quod autem lucrum libidinis oon nisi per raptum impletae conceceit, et illud supra probatum fuit, lucrum booi jucuodi mere talis, in furto uon considerari. Denique *l.* 77. *de furt.* huc non facit. Nam ibi is, qui propter saccum simul furti tenetur, etsi non habuerit animum principaliter sacci furaodi, habet tamen pro furto semel commisso animum sacci uon restituendi; at hic raptor ancillae noo meretricis, habet animum restituendae aocillae. Porro ibi de facto priocipali constabat, quod sit furtum, hic de facto principali movetur quaestio. Ultimo: eo argumeoto, quo *ex d. l.* 77. aliquis eoncludere volet, raptum ancillae noo meretricis esse furtum, concludemus etiam, raptum aocillae meretricis furtom esse, et sic iterum distinctio inter ancillam meretricem et uon meretricem corruet.) *Certe usum honestae mulieris surripiens domino, compendium quotidianum intervertit. Clud. de cond. furt. c.* 52. *n.* 67. (Atqui haec ratio non probat animum lucrifaciendi ex parte laedentis, sed saltem damoum ex parte laesi, quod modo rejectum. Et idem damnum respectu domini est, eademque injuria respectu damnum daotis, an intervertatur usus mulieris honestae, an iohonestae.) *sibique mercedem victimae miserabilis, ex usu impiorum hominum et ad Stygis supplicia damnatorum solvendam, l.* 4. §. 3. *de cond. ob turp. caus. fur lucrifacere nititur.* (Haec locutio qoëmadmodum paululum obscura est, ita lucrum, quod hic describitur, figura ooe caret, quale io furto non quaerimus: sed proprie dictum. Si enim ejusmodi lucrum, quale hic describit Du. Tabor, furtum faceret, sequeretur, et homicidia, et veneficia, et in genere omnia crimina sive a oobis ipsis perpetrata, sive ab aliis instinctu nostro, furtorum nomine venire. quia tum verba Dn. Taboris, quocumque modo ea explicentur, eodem modo, quo ipse ad casum praesentem aptat, iis adaptari possent.) *Secus ac in ancilla meretrice, ubi in ipso etiam fovente ancillas tales, quaedam facti ignominia vertitur*, *d. l.* 39. *in fine hic.* (Esto, differre dominum ancillae meretricis et non meretricis, illumque aliqoo modo pro infami haberi, quamvis id ex *d. l.* 39. ut statim videbimus non probetur, tamen haec differentia nihil ad raptum ancillae meretricis. Et quamvis exinde concludere velis, dominum ancillae non meretricis digoiorem esse actione aliqua domino ancillae meretricis, tamen neque istam consequentiam facile concederem, quia de actiooibus civilibus, qualis est etiam furti actio, jam sumus solliciti, quae haud dubie spectant ad Justitiam commutativam: Justitia vero commutativa non habet respectum personarum, neque, si vel maxime conoederem, consoquentia ista quidquam faceret ad quaestionem praesentem, cum jam non quaeratur, se dominus ancillae non meretricis dignior sit prae domino ancillae meretricis actione aliqua; sed, ao rapiens ancillam meretricem diversum delictum committat ab eo, qui rapit non meretricem? Adeoquo non qualitatem actoris, sed rei consideramus. Neque Ulpianus in *l.* 39. *h. t.* rationem decisionis ab indignitate domini desumit, sed ex mera rapientis intentione, quod libidinis causa rapuerit. Provocat equidem Vir doctissimus ad verba finalia *dict. l.* 39. SED QUIA SECUM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT, CERTE FUR NON EST, quae hoc loco ita explicare videtur, ac si eorum sensus sit: raptorem aocillae meretricis ideo uon esse furem, quia propriam facti, scil. raptus ignominiam compensaret cum ignominia facti domini, quod scilicet is meretrices fovisset. Sed quemadmodum jam supra aliam Dn. Taboris, Petrum Gregorium secuti, explicationem ad *d. l.* 39. *verba prolata*, eamque meliorem recensuimus, ita hanc explicationem, qua facti ignominia ad dominum ancillae refertur, non tolerat vocabulum SECUM, quod expungendum, et ejus loco ita legendum foret: Sed quia CUM DOMINO facti igoominiam compensat, quod esset audacter nimis textum *d. l.* 39. corrigere.) *Utcunque enim H. Grotius in not. Judaizantibus ad cap.* 2. *Jobi vers.* 1. *scribat: Meretricium vitae genus eo tempore apud quasdam gentes vile magis, quam flagitiosum habitum fuisse, cum alia longe fuisset Hebraeorum etiam ante legem disciplina*,

Gen. 38. *vers.* 24. (*Quomodo sane apud Corinthios et Babylonios quondam fuerunt fana Veneris ita opulenta, ut plures quam mille habuerint sacrorum famulas meretrices, quas Veneri viri mulieresque didicassent, ut Herodot. lib.* 1. *Strabo lib.* 8. *Suidas in verb.* Διάγραμμα, *aliique post hos prodidere.*) *Romani tamen meretricum consuetudinem turpitudinis probro palam notarunt, l. probrum.* 41. *cum seqq. d. R. N. l. idem.* 4. §. *sed quod.* 3. *ibi: illam turpiter facere quod sit meretrix. de cond. ob turp. caus. l. ult. C. si mancipium ita venierit, Novell.* 14. *Harmenop. l.* 2. *tit.* 4. *In honestorum virorum praediis,* (*quae ipsi locaverant ad alium finem,*) *lupanaria exerceri indigne tulerunt, l.* 27. *in fin. de hered. pet. ubi Sabart: ipsis ignaris. Nam gnari talium turpitudinum vix possent dici honesti viri, per l.* 15. *de condit. instit. quippe cum ejusmodi jactum infamare soleat, l.* 1. *ibi: qui lenocinium. l.* 4. §. 2. *de his, qui not. inf. l.* 8. *et seqq. ad L. Jul. de adult.* (Quae hic prolixe de infamia lenonum afferuntur, quemadmodum nescio an etiam recte ad dominos lenones ancillarum suarum applicentur, cum textuum allatorum nullus probet, lenocinia ejusmodi punita fuisse, et si otium permitteret, forte ex Antiquitatibus Romanis facile doceri posset, lenocinia ancillarum propriarum in Republ. Romana tempore Ulpiani et Pauli non solum tolerata, sed et, caeteris paribus, permissa fuisse, ita ad quaestionem praesentem per sup. dicta parum conducunt, ut opus non sit in eorum disquisitione accuratione ut nos detineamus.) *Et haec forsan illis, quae Bachovius ad Wesenbecium hic n.* 6. *notat, videbantur esse praeferenda. Adde Mornac. ad l. probrum.* 41. *de R. N. ubi de usu hodierno, an is, qui meretricem rapit, poena l. un. C. de rapt. virg. teneatur, late disserit Th. Marcell. ad* §. 1. *Inst. hic pag.* 556. (Atqui Bachovii illam declarationem Noster supra elegantem esse dicebat, jam quod acceptamus ejus impertinentiam tacite confessus. Quaestionem, An raptor meretricis poena *legis un. C. de rapt. virg.* teneatur? Satis accurate etiam tractat Ant. Matth. *l.* 48. *tit.* 4. *c.* 2. *n.* 4. *p. m.* 447. *seqq.*)

XXVIII.

Quae hactenus circa *l.* 39. *et* 82. de furtis disseruimus, illis non minimam lucem accedere arbitror *ex l.* 6. *in pr. ff. ad L. Jul. de adult.* INTER LIBERAS TANTUM PERSONAS, inquit ibi Papinianus, ADULTERIUM STUPRUMVE PASSAS, LEX JULIA LOCUM HABET, QUOD AUTEM AD SERVAS PERTINET, ET LEGIS AQUILIÆ ACTIO FACILE TENEBIT, ET INJURIARUM QUOQUE COMPETIT; NEC ERIT DENEGANDA PRÆTORIA QUOQUE ACTIO DE SERVO CORRUPTO: NEC PROPTER PLURES ACTIONES PARCENDUM ERIT IN HUJUSMODI CRIMINE REO. Item *ex lib.* 2. *sentent. Pauli tit.* 26. §. *antepen. p. m.* 52. ANCILLARUM SANE STUPRUM, NISI DETERIORES FIANT, AUT PER EAS AD DOMINUM AFFECTET, CITRA NOXAM HABETUR. Ubi quidem vastum iterum se offert disserendi pelagus, quid adducto Pauli loco significet AD DOMINUM AFFECTARE, et an forte legendum, AD DOMINIUM? Quid item significet hoc loco, CITRA NOXAM HABERI?

ANACEPHALEOSIS EORUM, QUÆ SUPERIORIBUS LIBRIS CONTINENTUR,

Quatenus ab usu temporum non abhorrent.

LIB. I.

Haud abs re erit, quae superioribus Libris fusius exposita sunt, heic uno adspectu, quasi per indicem, ob oculos collocare.

1. Studium juris est, vel theoreticum vel practicum. Theoreticum consistit in notitie legum et quaestionum; Practicum in applicatione legum ad certas facti species.

2. Theoria juris petenda est ex libris a Justiniano relictis, praeter statuta singularum gentium, quae potius ad theoriam, quam ad praxin referenda sunt.

3. Libri juris Justinianei sunt quatuor, Institutiones, Pandectae, Codex et Novellae.

4. Institutiones exhibent compendium reliquorum, nisi quod in Novellis jus recentius est.

5. Primus tit. Institutionum agit de Justitia, quae est finis juris.

TIT. I. *De Justitia et Iure.*

6. Definitur haec: Constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi *in princ. h. t.*

7. Jus ipsum definitur, ars boni et aequi. *l. 1. in pr. ff. de just. et jur.*

8. Ab ea non differt jurisprudentia, quae pluribus verbis dicitur, Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi ac injusti scientia. §. 1. *h. t.*

9. Praecepta juris tria feruntur: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. §. 3. *h. t.*

10. Divisio prima juris est, quod sit publicum vel privatum. §. *ult. h. t.*

11. Publicum est, quod ad statum Rei Romanae, aut alterius reipublicae pertinet. *d.* §. *ult.*

12. Idque consistit in juribus Majestatis, et omni administratione pacis ac belli.

13. Jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem spectat. *d.* §. *ult.*

14. Hoc consistit in privatis civium controversiis decidendis.

15. Utrumque, sed maxime privatum jus, collectum est ex triplici fonte juris, naturalis, gentium et civilis. *d.* §. *ult.*

TIT. II. *De jure naturali, gentium et civili.*

16. Jus naturae est, improprie, quod natura omnia animalia docuit. *princ. h. t.*

17. Sed proprie, est dictamen rectae rationis, quo scimus, quid turpe, quid honestum, quid faciendum, quid fugiendum sit.

18. Huc pertinet ordinata maris et feminae conjunctio, sobolis procreatio, educatio, defensio sui corporis, et omnis discretio turpis ac honesti.

19. Jus gentium est, quod ex naturali ratione, docente usu ac necessitate rerum, inter homines constitutum est.

20. Huc pertinent imperia, dominia, jura belli, testamenta et plerique contractus. §. 1. *et* 2. *h. t.*

21. Jus civile est, quod quilibet populus liber sibi peculiare constituit. *d.* §. 2. *in princ.*

22. Liber populus est, qui non agnoscit superiorem, sive ab uno, sive a pluribus regatur.

23. Nam jus, quod faciunt populi habentes superiorem, id non civile, sed municipale vocatur.

24. Per excellentiam autem solum jus Romanum dicitur civile; reliquarum gentium jura, licet vere civilia, tamen statuta plerumque appellantur.

25. Dividitur jus civile in purum et mixtum.

26. Purum, quod a certa gente peculiariter est repertum, aliisque ignotum, quo pertinent variae Leges et Scta.

27. Mixtum, quod origine est juris gentium, sed addito aliquo, vel detracto, aut mutato, fit juris civilis, *l.* 5. *ff. de just. et jure*, ut dominia at plerique contractus.

28. Rursus dividitur jus civile, in scriptum, et non scriptum.

29. Jus scriptum dicitur una voce Lex; Jus non scriptum Consuetudo.

30. Lex est generale praeceptum summae potestatis, honestati conveniens, omnesque subditos ad parendum obstringens.

31. Species juris scripti, apud Romanos erant sex; nempe Lex, Plebiscitum, Senatus consultum, Principum placita, Magistratuum edicta, Responsa prudentium, de quibus in §. 3. *et seqq. usque ad* §. 9. *h. tit.*

32. At hae species hodiernis temporibus nullum habent usum, sed una pro omnibus, lex sive placitum summae potestatis, fungitur.

33. Consuetudo est jus, quod tacito populi consensu, sine scriptura vim obligandi accepit. §. 9. *h. t.*

34. Vim habet parem cum lege, modo haec tria requisita adsint: 1. Si consuetudo ubique in Republica recepta sit. 2. Si justa et honesta. 3. Si certa sit.

35. Ad certitudinem requiritur: 1. Diuturnitas temporis. 2. Frequentia actuum; utraque sic, ut Judici sufficere possint.

36. Objectum juris est triplex, persona, res et actio. §. *ult. h. t.*

37. Objectum de personis absolvitur duabus divisionibus, quarum prima est, quod homines sint vel liberi, vel servi, *princ. h. t.* altera, quod sint sui vel alieni juris.

TIT. III. *De jure personarum.*

TIT. IV. *De ingenuis.*

TIT. V. *De libertinis.*

TIT. VI.

Quibus ex causis manumittere non licet.

TIT. VII. *De lege Fusia Caninia tollenda.*

38. Libertas: est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi vel jure prohibeatur. §. 1. *de jure pers.*

39. Servitus, est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur. §. 2. *de jure pers.*

40. Sed haec inter Christianos hodie est abolita.

41. Hic etiam evanescunt differentiae hominum, quod sint ingenui vel libertini: item lex Ælia Sentia, et Fusia Caninia, de quibus agitur in *caet. tit.*

TIT. VIII. *De his qui sui vel alieni juris sunt.*

42. Altera personarum divisio est, quod sint vel sui vel alieni juris.

43. Sui juris dicuntur, qui non sunt in aliena potestate. *princ. Inst. h. t.*

44. Potestas aliena est duplex, dominica et patria.

45. Dominica non est in usu, ut dictum supra.

TIT. IX. *De patria potestate.*

46. Patriae potestatis est causa triplex nuptiae, legitimatio et adoptio.

47. Nuptiae sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens. §. 1. *h. t.*

48. Inter effectus patriae potestatis praecipui sunt, quod pater possit substituere pupillariter filio suo, quod dominium et obligationem per filium adquirat; quod pater et filius eadem persona existimentur: item, quod filius sine consensu patris nuptias contrahere nequeat.

49. Nuptias autem praecedunt sponsalia, quae sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum *l. 1. ff. de sponsal.*

50. Sed jure Canonico, sunt vel de futuro, vel de praesenti, ut cum dicunt contrahentes, ducam te, nubam tibi, vel duco te, nubo tibi. Et hoc moribus omni die servamus discrimen.

51. Sed quae de praesenti dicuntur, jure civili et revera perficiunt ipsum matrimonium. *l. 30. ff. de R. J.*

TIT. X. *De nuptiis.*

52. Requisita nuptiarum jure civili sunt quatuor.

53. Primum, ut contrahentes sint cives Romani, quod tamen hodie non habet usum, quia nationes in nuptiis non discernuntur.

54. Secundum, ut masculi impleverint annos quatuordecim: femellae duodecim.

55. Tertium, ut accedat Patris consensus expressus, vel tacitus. *pr. h. t. l. 5. Cod. de nuptiis.*

56. Matris et curatorum consensus jure civili non requiritur, nisi honestatis causa, *l. 20. C. de nupt.* secus hodie. Statutum Frisiae vult consensum curatoris, sed non tam absolute, quam quidem patris. *l. 1. art. 10. van Hanlycken.*

57. Quartum, ut contrahentes debito sanguinis gradu distent.

58. In sanguine spectatur linea et gradus.

59. Linea est series cognatorum, ab eodem stipite descendentium.

60. Eaque duplex, recta et obliqua.

61. Recta, in qua sunt ascendentes, et descendentes.

62. Obliqua, continens eos, qui a latere sunt juncti.

63. Gradus, est distantia cognatorum a se invicem.

64. Regula de computandis gradibus est haec; quot sunt personae generatae, totidem sunt gradus; dempto stipite communi.

65. Hinc pater a filio gradu primo distat, avus a nepote gradu secundo, et sic porro.

66. Item frater a sorore gradu secundo, fratrum liberi gradu quarto, et sic consequenter.

67. Prohibitae sunt nuptiae in linea recta, in infinitum, §. 1. *h. t.*

68. In linea collaterali usque ad tertium gradum semper, ultra quartum nunquam. §. 2. *et seqq. h. t.*

69. Ipse quartus gradus quandoque est licitus, aliquando prohibitus.

70. Licitus inter fratrum et sororum liberos. §. 4. *h. t.*

71. Prohibitus inter thios magnos et fratrum vel sororum nepotes.

72. Jure Canonico distinguitur linea collateralis in aequalem et inaequalem.

73. Æqualis est, in qua aequaliter distant partes a communi stipite, ut fratres, et sorores, patrueles, consobrini, et sic porro.

74. Inaequalis est, in qua distant inaequaliter a stipite communi.

75. In aequali habent hanc regulam: Quoto gradu singuli distant a communi stipite, toto inter se distant.

76. In linea inaequali est haec regula: Quoto gradu distat remotior a stipite, toto inter se distant.

77. Prohibentur nuptiae jure Canonum usque ad gradum quartum suae computationis inclusivo, ut loquuntur; hoc est, ad nonum Juris civilis exclusive, quem rigorem dispensationibus molliunt Pontifices.

78. Est et affinitas nuptiis impedimento, eaque dicitur necessitudo per nuptias contracta, inter conjugem unum et alterius conjugis cognatos.

79. Prohibitae autem sunt nuptiae in iisdem gradibus affinitatis, quibus propter sanguinem prohibentur. §. 6. *et seqq. h. t.*

80. Tutor quoque et curator non possunt ducere adultas, nec filii ipsorum, nisi majores factas viginti novem annis. *l.* 66. *in pr. ff. de rit. nupt.* juncta *l. ult. Cod. de temp. in integr. rest.*

81. Denique, Matrimonium contra requisita juris contractum, est ipso jure nullum, carens omni effectu. §. 12. *h. t.*

82. Secunda causa patriae potestatis, est Legitimatio, quae definitur, actus, quo liberi ex concubina suscepti fiunt legitimi.

83. Modus legitimandi est triplex: 1. Oblatio Curiae, quae nunc obsoleta est, 2. Subsequens matrimonium patris cum concubina, 3. Rescriptum principis. §. *ult. h. t. Nov.* 89. *cap.* 9. *et* 10.

84. Concubinae sunt proprie, quae uxorum loco habentur sine titulo uxoris. Reliqui ex furtivis amplexibus nati, Jure civili sunt spurii, qui proinde non legitimantur; sed hodie omnes ex certo patre nati, dicuntur naturales et legitimantur.

TIT. XI. *De Adoptionibus.*

85. Tertia causa patriae potestatis, est adoptio, quae definitur, Legis actio, per quam is, qui natura filius non est, in locum filii adsciscitur.

86. Estque duplex, adoptio in specie, quae fit apud Magistratum, cum adoptantur, qui alieni juris sunt: vel arrogatio, qua, qui sui juris sunt, auctoritate Principis filii fiunt. §. 1. *h. t.*

87. Hodie rarus est adoptionis publice factae usus; qui autem privatim pro filiis adsciscuntur, hi tantum ad alimenta adsumpti intelliguntur, reliqua filiorum jura non exercent.

TIT. XII.
Quibus modis jus Patriae potestatis solvitur.

88. Tollitur patria potestas tribus modis; I. morte tam patris quam filii, eaque vel naturali, quae est migratio ex hac vita; vel civili, quae fit per amissionem libertatis, aut civitatis, veluti per deportationem. *princ. et* §. 1. *h. t.*

89. Sed deportatio et libertatis ademptio, hodie non usurpantur; Relegatio autem non tollit patriam potestatem. §. 2. *h. t.*

90. II. Dignitas non quaevis, sed maxima Reipublicae, tollit patriam potestatem. §. 4. *h. t.* adde *Nov.* 81.

91. Tertius modus, emancipatio, est actus legitimus, quo liberi ex patria potestate dimittuntur. §. 6. *h. t.*

92. Frequentius hodie usurpatur tacita emancipatio, quae per omnem Europam obtinet, qua liberi, contracto cum patris consensu matrimonio, ab ejus potestate liberantur.

93. Multis in locis idem fit habitatione separata, quam filiusfam. voluntate Patris instituit.

94. Dictum est de his, qui sunt alieni juris; personae sui juris, sunt omnes, qui nec dominum nec patriam potestatem agnoscunt.

TIT. XIII. *De Tutelis.*

95. Sunt autem hi vel in tutela, vel in cura, vel neutro jure tenentur. *pr. h. t.*

96. Tutela definitur, vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per aetatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa. §. 1. *h. t.*

97. Est autem triplex, testamentaria, legitima et dativa.

98. Testamentaria iterum, est propria vel impropria.

99. Propria, quando pater filio impuberi, quem habet in potestate, dat tutorem testamento, vel codicillis testamento confirmatis. §. 3. *h. t. l.* 3. *ff. de testam. tut.*

100. Impropria est, cum pater filio emancipato, vel mater, aut quilibet extraneus, pupillo heredi a se instituto dat tutorem, quoad res illas hereditarias. *l.* 4. *ff. de testam. tut. l.* 4. *de confir. tut.*

101. Tutores proprie testamentarii, immediate a testatore dantur, nec indigent ulla confirmatione Magistratus. *l.* 7. *ff. de test. tut.*

102. Sed improprie dati, a Magistratu sunt confirmandi. *l.* 1. *et* 5. *ff. de confirm. tut.*

103. Nam jure civili confirmatio a Magistratu non requiritur, nisi cum datio secundum requisita juris facta non est. *d. l.* 1.

TIT. XIV. *Qui testam. tut. dari possunt.*

104. Possunt tutores dari testamento, omnes cives, etiam filiifamilias. *princ. hoc. tit.*

105. Imo et minores annis viginti quinque, et furiosi. §. 2. *hic.*

106. Sed hi non administrant, verum interim eorum loco datur curator. *l.* 10. §. 7. *de excus. tut.*

TIT. XV. *De legitima agnatorum tutela.*

107. Tutela legitima est, quae immediate ex lege, deficiente testamentaria, defertur proximis agnatis. *princ. h. t.*

108. Hi quoque tutores non confirmantur a Magistratu. *l.* 3. *ff. de leg. tut.*

109. Agnati sunt virilis lineae cognati. §. 1. *h. t.*

110. Sed jure novo gradu proximus, tam femineae quam masculae lineae, ad tutelam vocatur. *Nov.* 118. *c.* 5.

111. Et qui pares sunt gradu, pariter ad tutelam vocantur, sed unus constituitur administrator. *d. cap.* 5.

112. Mulieres tamen ad tutelam non vocantur, nisi mater et avia, quamdiu abstinent a secundis nuptiis. *l.* 1. *et Auth. seq. Cod. quando mul. tut. Nov.* 118 *cap.* 5. *in medio.*

113. Haec sufficiunt de tutela legitima.

114. Reliqua in *tit. XVI.* de capitis diminutione, de qua tu vid. *l.* 2. *n* 147. *XVII.* de legitima patronorum tutela, *XVIII.* de legitima parentum tutela, *XIX.* de fiduciaria tut. hodie nullum habent usum.

TIT. XX. *De Atiliano tutore etc.*

115. Tertia species tutelae, est Dativa, quando deficiente testamentaria et legitima, Magistratus dat tutorem. *pr. h.*

116. Jure civili, varie cautum est, quinam magistratus jus dandi habeant *pr.* §. 3. *et seqq. h. t.*

117. Sed hodie cujusque loci magistratus officium est, non habentibus dare tutores.

TIT. XXI. *De auctoritate tutorum.*

118. Officium tutorum in duobus consistit, in administratione, et in auctoritate.

119. Administratio spectat tam personas, quam res pupillorum.

120. Initium administrandi est a confectione inventarii, quo non facto, tutor ut suspectus removetur, et si dolo omiserit, fit infamis. *l.* 7. *ff. de administr. et peric. tut.*

121. Auctoritas est approbatio ejus, quod in rebus pupilli geritur.

122. Quae necessaria est, quoties periculum est, ne conditio pupilli deterior fiat.

123. Sed ubi nullum tale periculum subest, ibi nec necessaria est. *pr. h. t.*

124. Hinc lucrativae adquisitiones valent, licet inscio tutore a pupillo contractae.

125. Sed obligari non potest pupillus, nisi autore tutore, tametsi is, qui cum pupillo contraxit, a sua parte obligetur. *d. pr.*

TIT. XXII. *Quibus modis tutela finitur.*

126. Modi, quibus tutela finitur, sunt 1. pubertas, 2. mors tutoris aut pupilli, 3. eventus conditionis vel temporis, quousque tutor datus erat. *in princ.* §. 1. 3. *et* 5. *h. t.*

127. Denique excusatio tutoris, et remotio suspecti, finem tutelae imponunt.

TIT. XXIII. *De curatoribus.*

Jure civili a tutela multum differt cura. 1. enim tutor datur pupillis, curator puberibus. 2. tutor datur testamento et lege, curator tantum a magistratu. 3. tutor datur personae, curator tantum rebus. 4. tutor datur invitis, curator non nisi volentibus *in pr.* §. 1. *et* 2. *et* 3. *h. t. tit.* 5. tutorem habenti non datur tutor, sed ei adjungitur curator, §. 5. *h. t.* 6. tutor ad certam causam non datur. §. 4. *supra tit.* 14.

128. Sed hae differentiae in foro vix observantur, tutoris enim et curatoris officia conjunguntur.

129. Dantur et curatores aliis quam minoribus, veluti furiosis et prodigis. §. 3. *h. t.*

130. Prodigus autem est, cui ob luxuriam bonis interdictum est *l.* 1. *ff. de curat. furios. et aliis.*

131. Item mente captis, surdis, mutis, et perpetuo morbo laborantibus, si rebus suis ipsi superesse nequeant; coecis non datur curator. §. 4. *h. t.*

TIT. XXIV. *De satisd. tutoris.*

132. Jure civili Magistratus debent exigere satisdationem, hoc est fidejussoriam cautionem, a tutoribus, exceptis testamentariis, et his qui a majore magistratu, veluti a Curia suprema, dantur. *in princ. et* §. *ult. h. t.*

133. Magistratus minores, qui neglexerunt exigere fidejussores, vel non exegerunt idoneos, hi tenentur actione subsidiaria, si pupillus damnum a tutore fidejussoribusque consequi non possit. §. 2. *h. t.*

134. Sed haec actio, ut ipsa satisdatio, hodie rarius est in usu, nisi tutor vel curator observatus aut suspectus sit, quo casu judex ex officio ipsi injungere potest, ut pro administratione idoneo caveat. Sand. *l.* 2. *tit.* 9. *de fin.* 9.

TIT. XXV. *De excusat. tutorum.*

135. Sed excusationes sunt magis usitatae, quarum causae hoc titulo recensentur.

136. I. Quinque liberi excusant, sic ut computentur jam nati, non mortui, nisi in acie caesi. Romae olim tres liberi, in Italia quatuor excusabant, sed hoc hodie non est in usu *princ. h. t.*

137. II. Qui res Fisci administrant, excusantur, ut sunt Quaestores, etiam publicani, §. 1. *h. t. l.* 10. *Cod. hoc tit. l. ult. Cod. qui dare tutores.* durante se. administratione.

138. III. Absentes Reipublicae causa excusantur, etiam intra annum, postquam reversi sunt. §. 2. *h. t.*

139. IV. Potestas, hoc est major Magistratus, imo et Municipales, id est singularum urbium Magistratus. §. 3. *h. t. l.* 6. §. 16. *ff. eod. tit.* Sand. *lib.* 2. *t.* 9. *def.* 6.

140. V. Lis cum pupillo excusat, §. 4. *h. t.* imo prohibet hodie. *Nov.* 72.

141. VI. Onus trium tutelarum, si non sint affectatae, §. 5. *hic.* aliquando et una valde gravis excusat. *l.* 31. §. *ult. ff. h. t.*

142. VII. Paupertas. §. 6. *hic.*

143. VIII. Adversa valetudo. §. 7. *h. t.*

144. IX. Imperitia literarum §. 8. *h. t.* Sic tamen, ut Judex cognoscere debeat, num quis ob illas causas plane sit ineptus ad tutelam.

145. X. Inimicitia gravis, quam tutor cum patre pupilli habuit, simpliciter excusat; levis tum demum, cum vexandi causa tutor datus est. §. 9. *et* 11. *h. t.*

146. Ætas septuaginta annorum, excusat a tutela vel cura suscipienda, §. 13. *h. t.* Sand. *lib.* 2. *tit.* 11. *def.* 5. et annus septuagesimus completus, non tantum coeptus sit, oportet. *ibid.*

147. XI. Minor aetas excusat, vel potius prohibet, a tutela legitima et dativa, §. 13. *h. t.* de testamentaria dictum est *supra.*

148. XII. Militia prohibet a tutela. §. 14. *h. t.*

149. XIII. Matrimonium prohibet, nam maritus non potest esse curator uxoris. §. 19. *hic.* juncta. *l.* 4. *Cod. h. t. et l.* 14. *ff. de curat. furios.* etc.

150. Sed moribus, vir dicitur legitimus curator uxoris suae; improprie tamen.

151. Nam cura, vel est ob defectum aetatis, aut, ut olim, propter sexum; haec autem cura hodierna non est propter aetatem, quia competit in vetulas; non est etiam ob imbecillitatem sexus, quia tantum competit in nuptas, non in virgines, nec viduas.

152. Ergo non est haec cura legitima, sed effectus maritalis potestatis. vid. Stat. Fris. *lib.* 1. *tit.* 2. §. 1.

153. XIV. Exercitium quarumdam artium, ut Grammaticae, Rhetoricae et Medicinae quoque excusat. §. 15. *h. t.*

154. Imo et professiones Academicae omnium facultatum excusare videntur per *l.* 6. *C. de professor.*

155. Clerici etiam et olim et hodie excusantur, *auth. presbyt. Cod. de episc. et Cler.* quibus merito accensentur verbi Divini ministri. Sand. *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 7.

156. Ultima causa, est tutela gesta, quae excusat a cura ejusdem pupilli. §. 18. *h. t.*

157. Sed et haec hodie cessare videtur.

TIT. XXVI. *De suspectis Tutoribus.*

158. Si tutor non ex fide gerit tutelam, potest a quolibet, ut suspectus, accusari, ut removeatur. §. 2. *et* 3. *h. t.*

159. Impuberibus in suos tutores haec accusatio denegata est: concessa vero puberibus in suos curatores, sed communicato cum necessariis suis consilio §. 4. *hic.*

160. Aliquando etiam curator suspecto adjungitur, ut si fraude careat, vel propinquus pupilli sit. §. 5. *supra de curator. l.* 9. *ff. h. t.*

161. Sed totum hoc remedium hodie rarius est, quia nunc rationes quotannis exigi possunt, et sic improbitas tutorum detegi; cum jure civili non liceat rationes exigere, nisi post finitam tutelam. §. *ult. supra de Atil. tut. l.* 4. *in princ. et l.* 9. §. 4. *ff. de tut. et rat. distrah.*

LIB. II.

TIT. I. *De rerum divisione et adquir. ipsar. dominio.*

1. Secundum juris objectum, de rebus, habet duas partes, de dominio, et de obligationibus.

2. Praemittuntur tamen divisiones rerum, quarum prima est; Res sunt vel in patrimonio, sive in bonis, vel extra patrimonium. *pr. h. t.*

3. In bonis est, ad quod persequendum habemus actionem, vel ad retinendum exceptionem. *l.* 52. *ff. d. A. R. D.*

4. Secunda divisio est; Res sunt vel communes, id est omnium hominum, vel publicae, hoc est certi populi liberi: vel universitatis, hoc est corporis alicujus, veluti civitatis aut territorii; vel nullius, ut res sacrae, sanctae, religiosae; vel singulorum, quae in privato cujusque dominio sunt. §. 1. *et* 2. *usque ad* §. 12. *h. t.*

5. Dominium, est libera de re nostra potestas. Estque duplex:

6. Plenum, quod cum emolumento est conjunctum; et nudum, quod ab usufructu est separatum.

7. Vulgo etiam dividitur in utile et directum.

8. Utile, quod habet emphyteuta, et superficiarius, et vassallus.

9. Directum, quod habet dominus praedii Emphyteutici, vel soli, cui domus ab alio imposita est, vel feudi. *dict.* §. 11. *h. t.*

10. Modi quibus dominium adquiritur, sunt vel juris gentium, vel juris civilis.

11. Juris gentium modi sunt sex, occupatio, accessio, specificatio, commixtio sive confusio, fructuum perceptio et traditio.

12. Occupatione adquiruntur res communes, ut sunt volucres, pisces, ferae bestiae, omniaque animalia in nullius redacta dominium, §. 12. *h. t.* etiam apes, §. 14. item pavones et columbae, §. 15. quae tamen, donec habent consuetudinem eundi et redeundi, non fiunt capientium. §. 15. *h. t.*

13. Quod si animalia capta rursus evaserint, cedunt aliis capientibus, *dict.* §. 12. *et* §. 14. *h. t.* verum gallinae et anseres non sunt ferae, earumque fit furtum. §. 16. *h. t.*

14. Accessio est duplex, naturalis vel artificialis.

15. Per naturalem adquiruntur nobis foetus animalium. §. 19.

16. Item, quod per alluvionem tacite, et per avulsionem expresse, terris vel agris nostris adjicitur. §. 20. 21. *h. t.*

17. Sed inundatio, quia brevi recessura speratur, non mutat dominium. §. 24. *hic.*

18. Tertius modus, qui est specificatio, contingit, cum quis ex aliena materia facit novam speciem, veluti ex panno aut ligno alieno vestem vel navem.

19. Hic distinguitur, si species reduci queat ad primam rudemque materiam, tum is est dominus cujus fuit materia; si non possit reduci, tum is qui fecit, est dominus.

20. Sic in navo et veste, qui fecit, habet dominium; in poculo ex alterius argento facto, is cujus argentum est habet dominium. §. 25. *h. t.*

21. Confusio sive commixtio transfert dominium, quando duorum pluriumve materiae, vel data opera miscentur, vel ita fortuito, ut commode a se invicem separari nequeant. §. 27. *et* 28. *h. t.*

22. De accessione artificiali agitur in §. 26. 30. 31. 32. 33. et 34. *h. t.*

23. Exempla sunt; qui purpuram alienam suae vesti adtexuit, aut aliud quid rei suae adjunxit, fit dominus accessorii illius. §. 26.

24. Item, qui in suo solo ex aliena materia inaedificavit, fit dominus aedificii, salva tamen domino rei actione ad pretium. §. 29.

25. Contra, si quis in alieno aedificaverit, seu fundo sive aedificio, ille fit dominus, cujus est domus aut fundus.

26. Ut tamen aedificator bonae fidei repetat impensas, necessarias et utiles absolute; voluptuarias tollere potest, quatenus sine laesione rei tolli possunt. §. 30. *h. t.*

27. Qui plantavit in solo alieno, qui sementem in alieno fecit, dominum sati et plantae facit eum, cujus est solum, salvis tamen et ipsi impensis. §. 31. *et* 32.

28. Idem est in scriptura. §. 33.

29. Secus tamen in pictura. §. 34.

30. Sequitur fructuum perceptio ex fundo alieno, quos bonae fidei possessor facit suos, percipiendo et consumendo, idque sive naturales sive industriales sint. §. 35. *h. t. l.* 48. *ff. de adquir. rer. dom.*

31. Sed extantes fructus, id est nondum consumpti, salvis impensis restitui debent. *l.* 22. *Cod. de rei vind.*

32. Ultimus modus, Traditio, et translatio rei corporalis, facta ab eo, qui jus et animum alienandi habet. vid. §. 40. *h. t.*

33. Estque duplex, propria vel impropria. Propria, cum possessio vere transfertur.

34. Impropria, est vel ficta vel symbolica. Ficta quae fit brevi manu, cum res apud eum, qui dominus est faciendus, jam praexistit.

35. Symbolica, quae fit per signum aliquod, veluti traditione clavium, aut cum res incorporales transferuntur.

TIT. II.
De rebus corpor. et incorporalibus.

36. Superest adhuc una divisio rerum in titulo 2. quod res sint corporales, quae tangi possunt; vel incorporales, quae in jure consistunt, ut actio, obligatio, hereditas, quatenus haec pro jure sumitur quo res hereditariae ad nos pertinent.

37. Res corporales sunt vel mobiles vel immobiles.

TIT. III. *De Servitutibus.*

38. Res incorporalis est etiam Servitus, quae est jus, quo dominus aliquid in suo pati, vel non facere cogitur, in alterius utilitatem.

39. Estque duplex : praedialis, aut personalis.
40. Praedialis est vel rustica vel urbana.
41. Rustica, quae debetur praedio rustico urbana, quae urbano.
42. Est autem urbanum praedium omne aedificium habens alias aedes vicinas.
43. Rusticum, omnes agri. §. 1. *h. t.*
44. Urbanae servitutes sunt, jus tigni immittendi, oneris ferendi, stillicidii vel fluminis recipiendi, aut non, altius non tollendi, luminibus non officiendi §. 1. *h. t.*
45. Rusticae sunt, iter, actus, via, aquae ductus, aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, jus calcis coquendae, arenae fodiendae etc. *in pr. et* §. 2. *h. t.*
46. Constituitur servitus pactionibus aut ultimis voluntatibus, item non interrupto usu decem annorum. *l.* 10. *ff. Si servitus vindicetur.*

TIT. IV. *De Usufructu.*

47. Personales servitutes sunt tres, Ususfructus, Usus et Habitatio.
48. Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. *pr. h. t. et l.* 1. *ff. h. t.*
49. Dividitur in verum et quasi usumfructum.
50. Verus consistit in rebus, quae usu non consumuntur, tam mobilibus, quam immobilibus.
51. Quasi-Ususfructus in rebus quarum usus consistit in abusu; ut est oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata. §. 2. *h. t.*
52. In vero usufructu cavere debet fructuarius, se boni viri arbitratu usurum, fruiturum, et quod ex rebus superfuerit hoc se restituturum.
53. In quasi usufructu cavetur, tantundem, finito usufructu, restitutum iri. *l.* 1. *ff. Usufr. quemad. cav. dict.* §. 2. *h. t.*
54. Verus ususfructus finitur morte usufructuarii, tam naturali quam civili, quae contingit per ademptionem libertatis aut civitatis. §. 3. *h. t.*
55. Et hac duplici morte quasi-ususfructus dumtaxat finitur. *d.* §. 2.
56. Item finitur ususfructus non utendo juxta modum praefinitum et per tempus decem vel viginti annorum.
57. Tertio finitur quoties vel proprietarius usumfructum, vel fructuarius proprietatem adquirit, quae res dicitur consolidatio.
58. Denique, rei interitu finitur ususfructus, ut et mutatione essentiali, quae naturam et nomen rei ipsius tollit. *d.* §. 3. *h. t.*

TIT. V. *De Usu et Habitatione.*

59. Usus est jus alienis rebus utendi ad necessitatem vitae duntaxat, salva rerum substantia.
60. Nihil igitur lucri facere potest usuarius, sed quod ad nudam vitae sustentationem ex re usuaria provenit, hoc habet.
61. Habitatio est jus alienas aedes inhabitandi, leviter tantum discrepans ab usufructu aedium. vid. §. 5. *h. t. et l.* 10. *ff. h. t.*
62. Moribus hodiernis, habitatio et usus non multum habent usus, ac rarissime constituuntur.

TIT. VI. *De Usucapionibus et longi temporis praescriptionibus.*

63. Sequuntur modi, quibus dominium jure civili adquiritur, et sunt vel particulares, vel universales.
64. Particulares sunt, usucapio, donatio et legatum.
65. Usucapio, est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti *l.* 3. *ff. de usurpat. et Usucap.*
66. Requisita ejus sunt, 1. ut quis rem alienam possideat bona fide, hoc est, existimans se esse revera dominum. 2 Ut rem nactus sit titulo habili ad dominium transferendum, ut emptionis, donationis, aut simili. 3. Ut res non sit incapax usucapionis, veluti furtivae, aut vi possessae; vel commercio exempta, veluti sacrae, publicae; denique res pupillorum et minorum. 4. Ut possessio fuerit continua, non interrupta. 5. Ut res possessa fuerit per legitimum tempus, quod in rebus mobilibus est triennium, in immobilibus longum tempus, hoc est X. anni inter praesentes, 20. inter absentes. vid. *princip. et* §. *seqq. h. t.*

TIT. VII. *De Donationibus.*

67. Donatio est liberalis rei alienatio.
68. Estque duplex, mortis causa, et inter vivos.
69. Illa, quae fit sub conditione mortis donatoris, et est revocabilis per poenitentiam, item, si donatarius ante donatorem sit mortuus, quin et per se revocatur, cessante periculo cujus intuitu facta est. §. 1. *h. t.*
70. Imo et si res tradita sit, tamen potest revocari. *l.* 29. *et* 30. *ff. de mort. caus. don.*
71. Donatio inter vivos, est vel simplex vel relata.
72. Simplex, quae fit ex mera et absoluta liberalitate, qualis si excedat quingentos solidos, debet actis insinuari. §. 2. *h. t.*
73. Relata fit ob aliquem respectum, quo cessante non fieret, ut est remuneratoria, vel propter nuptias. §. 3. *h. t. l.* 7. *ff. de donat.*
74. Inter vivos donatio non revocatur nisi ob ingratitudinem *insignem*, cujus exempla sunt *in l. ult. C. de revocand. donat.*
75. Si injuriam donatori inferat atrocem, si manus inferat donatori, si jacturam bonis ipsius gravem infligat, si insidias vitae ejus struxerit; et si conditiones, quae intervenere, non servet.
76. Item ob supervenientiam liberorum, si donatio magna fuerit. *l.* 8. *C. eod. tit.*

TIT. VIII. *Quibus alienare licet vel non.*

77. Porro omnis actus, quo dominium transfertur, dicitur alienatio.
78. Proinde, quicunque est dominus, potest rem alienare.
79. Excipitur maritus, qui licet dominus sit fundi dotalis, tamen eum alienare prohibetur. *pr. h. t.*
80. Item pupillus, qui licet dominus rei suae, tamen alienare non potest; neque minor sine tutoris et curatoris auctoritate; nec illis solvi potest. §. 2. *h. t.*
81. Imo res immobiles sine decreto magistratus non possunt alienari. §. *ult. h. t. l.* 22. *C. de administ. tut.*
82. Aliquando, qui non est dominus, potest alienare, veluti creditor, qui pignus distrahere potest, facta denunciatione debitori ut solvat. *l.* 4. *C. de distract. pign. l. ult. C. de jur. dom. impetr.*

TIT. IX. *Per quas person. cuiq. adquir.*

83. Regula juris civilis est, quod nemo per alium, vel dominium, vel obligationem adquirere possit, nisi per eos, quos habet in potestate, sc. servos, et liberos. *pr. h. t.*
84. Per servos, dominus olim indistincte omnia adquirebat.
85. Sed in filiofamilias, distinguitur juxta peculium, quod est quadruplex.
86. Dicitur enim primo profectitium, quod ex re et substantia patris proficiscitur.
87. Secundo adventitium, quod ex successione materna, aut aliunde liberis advenit.
88. Castrense quod filius in bello lucratus est.
89. Quasi castrense, quod in militia togata, velut Senator, Magistratus, aut Advocatus, Pastor, vel Professor, lucratur etc.
90. Quod ex profectitio filius lucratur, hoc totum patris est. §. 1. *h. t.*
91. Ex adventitio, filius habet proprietatem, pater usumfructum, cujus dimidium post emancipationem retinet. §. 2. *h. t.*

TIT. X. *De testam. ordinandis.*

92. Sequitur adquisitio universalis, nempe hereditatis.
93. Est autem hereditas, successio in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit. *l.* 24. *ff. de V. S.*
94. Defertur duobus modis, testamento, vel lege, sive ab intestato.
95. Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. *l.* 1. *ff. Qui test. fac. poss.*
96. Estque duplex, scriptum, vel nuncupativum.
97. Illud, cujus solemnitas scriptura, hoc, quod viva voce perficitur.
98. Requisita generalia sunt, unicus contextus, et numerus septem testium, qui specialiter rogentur. §. 3. *h. t.*
99. Unicus contextus duas res significat, 1. continuitatem temporis, ne interruptio fiat, 2. uniformitatem actus, ne quid extranei, vel a testamento alieni immisceatur, veluti contractus, qui in testamento iniri non potest. §. 3. *h. t. l.* 28. *Cod. qui testam. fac. poss.*
100. Testes non modo specialiter rogandi sunt, sed et tales esse debent, cum quibus sit testamenti factio. §. 6. *h. t.*
101. Quae duplex est, activa et passiva.
102. Activa consistit in jure et in forma condendi testamenti.
103. Passiva, in jure capiendi ex testamento.
104. In testibus autem passiva sufficit.
105. Sed et aliqui excipiuntur, qui licet capere possint, testes tamen esse nequeunt, ut mulieres, impuberes, servi, furiosi, muti, surdi, prodigi, intestabiles, quique eodem patriae potestatis vinculo continentur, denique heredes prohibentur. §. 6. *et seqq. h. t.*
106. Occultum tamen vitium non nocet. §. 7. *h. t.* Legatarii possunt esse testes. §. 11. *h. t.*
107. Speciale scripti testamenti requisitum, quod hodie in usu sit, fere nullum est, praeter subscriptionem testatoris et testium. §. 3. *h. t. lib.* 1 *tit.* 16. §. 2. *Stat. Fris. de testam.*
108. Reliqua in §. 4. *et* 5. obsoleta sunt; non perinde, quod est in §. 13. posse testamentum in duobus exemplis, utroque authentico, fieri; cui hodie accedit, quod in eadem charta duo testari possunt.
109. Testamenti nuncupativi nihil etiam speciale proditum est, quam ut testator clare exprimat omnem suam voluntatem, coram 7. testibus. §. 14. *h. t.*
110. Utcunque autem postea in scriptum redigatur, manet tamen nuncupativum, ultimaque scriptura instrumentum probationis est.

TIT. XI. *De militari testam.*

111. Est et alia testamenti differentia, quod sit solemne, vel privilegiatum, quale est militare, in quo nihil aliud requiritur, quam ut voluntas militis clare constet. §. 1. *h. t.*
112. Idem est in testamento parentis inter liberos. *l.* 21. §. 1. *Cod. de test.*
113. Item in testamento, quod in actis insinuatur, vel quod principi offertur. *l.* 19. *Cod. de testam.*
114. Testamentum tempore pestis factum, jure civili unicum habet privilegium, ne testes pariter convenire cogantur. *l.* 8. *Cod. testam.*
115. Usu fori valet etiam quovis fere modo, saltem si clare constet voluntas.

TIT. XII.
Quibus non est permissum facere testam.

116. Jus activae testamenti factionis habent, qui non prohibentur.

117. Causa prohibitionis est triplex. I. Capitis diminutio, quae prohibet filiumfamilias, excepto peculio vere vel quasi castrensi. *pr. h. t.*

118. II. Vitium animi vel corporis. Ob hoc prohibentur impuberes et furiosi, §. 1. *h.* prodigi. §. 2.

119. Surdi et muti, nisi quatenus voluntatem suam scribendo, aut surdus loquendo perfecte exprimere possunt. §. 3. *h.*

120. Denique caecus hactenus prohibetur, ut nuncupare debeat voluntatem suam coram septem testibus, adhibito tabellione vel octavo teste, qui scribat omnia et testes subscribant. *l.* 8. *Cod. qui test. fac.*

121. III. Causa est improbitas, cujus respectu qui capitis sunt damnati, non possunt testari, *l.* 8. §. *ult. ff. qui test. fac.* quod non est mutatum *Nov.* 22. *cap.* 8.

122. Item, Haeretici improbiores, *l.* 21. *C. de Hered.* et qui incestis nuptiis se funestarunt. *Auth. ex complexu C. de Incest. nupt.*

TIT. XIII. *De Exhered. liberorum.*

123. Porro aliqui necessario institui vel exheredari debent, ut sunt filiifamilias, qui silentio praeteriti, testamentum dicunt ipso jure nullum. *pr. h. t.*

124. Sed posthumus silentio praeteritus, rumpit testamentum agnascendo. §. 1. *h. t.*

125. Nepos ab avo praeteritus, patre suo mortuo, rumpit testamentum, quasi agnascendo. §. 2. *h. t.*

126. Filius emancipatus praeteritus, rescindit testamentum per bonorum possessionem contra tabulas. §. 3. *h.*

127. Adoptivi habent jus naturalium, quamdiu manent in adoptione, non postea. §. 4. *h.*

128. Differentia inter mares et feminas, quae olim obtinebat, sublata est. §. 5. *h.*

129. Contra militis testamentum, liberi nihil movere possunt. §. 6. *h. t.*

130. Contra matris aviaeque, vel avi materni praeteritionem, quae aequipollet exheredationi, datur querela inofficiosi testamenti. §. 7. *h. t.*

TIT. XIV. *De Heredibus instituendis.*

131. Heredis institutio, est surrogatio in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit.

132. Hereditas, termino artis, vocatur As, cujus duodecim sunt unciae, proinde una pars est uncia, quasi *unica*, duae partes sextans, sive sexta pars assis. 3. P.r.ies quadrans, seu quarta pars Assis. 4. Triens, id est tertia pars Assis. Tum a numero unciarum, 5. quincunx; 6. semis, [id est *semi as*, 7. septunx, 8. Bes, contracte, pro *bis triens*, 9. Dodrans qu. *de asse quadrans*, 10. dextans, qu. *de asse sextans*, 11. deeunx qu. *de asse uncia* §. 5. *h. t.*

133. Regula autem est, quod nemo, nisi miles, pro parte testatus, pro parte intestatus mori possit, *l.* 7. *de R. J.* §. 5. *h. t.*

134. Hinc si unus ex semisse sit institutus, huic reliqua accrescunt. *d.* §. 5.

135. Si inter plures aliquae partes desint vel exsuperent, hae perinde singulis accrescunt vel decrescunt. §. 6. *et* 7. *hic.*

136. Fit institutio vel pure, vel sub conditione, (quae est casus eullatus in futurum) non tempus pro non adjecto habetur. §. 9. *h. t.*

137. Conditio quoque impossibilis pro supervacua habetur. §. 10. *h. t.*

138. Reliquae sive casuales sint, seu potestativae, vel mixtae conditiones, debent impleri, alioqui deficit institutio. *l.* 1. *tot. tit. ff. de condit.*

TIT. XV. *De vulgar. substitut.*

139. Substitutio, est institutio heredis in secundum vel ulteriorem gradum.

140. Estque duplex, vulgaris, et pupillaris.

141. Vulgaris dicitur, quia vulgo fit, hoc est, a quovis testatore, in locum cujusvis heredis.

142. Forma ejus est, ut fiat in casum non aditae ab herede scripto hereditatis, volut, si ante testatorem moriatur, vel nolit, aut non possit adire hereditatem.

143. Nam adita semel hereditate, substitutio extinguitur, ut hereditas ad legitimos defertur. *vid. princ. et §. seqq. h. t.*

TIT. XVI. *De pupillari substitut.*

144. Pupillaris substitutio est, quando pater liberis impuberibus, quos habet in potestate, dat heredem, in casum, quo ante pubertatem sunt morituri.

145. Cujus effectus est, ut substitutus non tantum consequatur bona, quae a patre profecta sunt, sed et adventitia filii impuberis.

146. Forma ejus extat in *pr. h. t.* sed notandum, quando pater vulgariter substituit liberis impuberibus, quod tunc, expressa vulgaris contineat tacitam pupillarem: et contra expressa pupillaris contineat vulgarem tacitam. *l.* 4. *ff. de vulg. et pupil. substit.*

147. Exemplo pupillaris substit. recepta est alia, qua parentes utriusque sexus liberis mente captis, substituunt in casum, quo extra usum rationis sunt morituri. §. 1. *h. t. l.* 9. *de impub. et aliis subst.*

148. Evanescit haec utraque substitutio, quam primum liberi pubertatem sunt egressi, aut mentem recuperaruot. §. 8. *h. t*

149. Nam ultra pubertatem parentes nihil possunt praescribere liberis, nisi per fideicommissariam substitutionem, quemadmodum et mater, aliique, non habentes *suos* heredes in sua potestate, pupillariter substituere non possunt, sed tantum per fideicomm. §. *ult. h. t.*

T I T. XVII.
Quibus modis testamenta infirmentur.

150. Testamenta, quae non habent juris effectum, vel ab initio sunt invalida, vel ex postfacto infirmantur.

151. Quae ab initio, illa ipso jure nulla dicuntur, ut in quibus filiifamilias sunt praeteriti, vel in quibus desunt solemnia juris.

152. Ex postfacto infirm. jure civili, vel jure praetorio: ex hoc datur bonorum possessio contra tabulas, liberis emancipatis praeteritis. *supra n.* 126.

153. Jure civili testamenta rumpuntur, vel irrita fiunt, aut rescinduntur.

154. Rumpuntur, agnatione sui heredis, vera vel quasi.

155. De vera et de una specie quasi agnationis, dictum est *supra n.* 124. *et* 125.

156. Alia species est in §. 1. *h. t.* si testator post factum testamentum aliquem adoptaverit, vel filium legitimaverit.

157. 2. Rumpitur testam. posteriori testamento aeque perfecto, licet heres ex eo non extiterit, et licet prius testam. non sit revocatum, imo licet in priori clausula sit derogatoria, qua testator sibi ademerit mutandi facultatem; modo constet, testatorem voluisse serio mutare voluntatem. §. 2. *h. t. l.* 6. §. 2. *ff. de jure codicill.* vid. Saud. *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10.

158. Rumpitur quoque testamentum incidendo, delendo, aut cancellando, quod data opera factum sit. *l.* 1. *et tot. tit ff. de his, quae in test. delent.*

159. Si quis tabulas testamenti non habens, velit revocare testamentum, debet hoc facere solemniter, aut condere novum; nuda voluntas non valet, nisi coram tribus testibus declarata, et decennium a priore testam. sit elapsum. *l.* 27. *Cod. de testam.* §. 7. *h. t.*

160. Irritum fit testamentum capitis diminutione testatoris, (vel quae maxima est, cum libertas, vel media, cum civitas, vel minima, cum jus familiae tollitur.) ut per adoptionem, excepto militis testamento, quod minima capitis diminutione non tollitur. §. 4. *h.*

TIT. XVIII. *De Inofficioso testam.*

161. Rescinditur testamentum jure civili, per querelam inofficiosi testamenti.

162. Quae definitur, petitio hereditalis, facta per rescissionem testam. inofficiosi. *l.* 19. *ff. h. tit.*

163. Est autem inoff. testam. in quo exheredati vel praeteriti sunt, qui officio pietatis non debebant.

164. Praeteritos intellige, a matre, vel ab avo materno: nam qui a patre praeteruntur dicunt testamentum nullum, vel petunt contra tabulas. *ut supra.*

165. Datur querela, 1. liberis, 2. parentibus, 3. fratribus germanis et consanguineis, non aliter tamen, quam si turpis persona scripta sit heres, *pr. et* §. 1. *h. l.* 27. *Cod. h. tit.* ubi uterini excluduntur, quod tamen aliqui putant mutatum, per *Nov.* 118. *cap.* 4. *et* 5. ubi differentia sexuum tollitur.

166. Cessat querela, 1. Si justa sit causa exheredandi, quales in liberis sunt 14. in parentibus 8. in fratribus 3. quas vid. in *Nov.* 115. *cap.* 3. *et* 4. quarum una saltem inseri debet testamento.

167. Si aliud remedium competat, quo exheredatus vel praeteritus portionem suam consequi possit. §. 2. *h. t.*

168. 3. Si relicta sit ipsi Legitima, quae est portio hereditatis, quam lex jubet necessario relinqui his, quibus alias competit querela.

169. Olim erat 4. pars, et quovis titulo relinqui poterat. Hodie est triens, vel semis, portionis ab intestato debitae.

170. Triens, si liberi sunt quatuor, aut infra; semis, si nati sint quinque vel ultra; tituloque institutionis relinqui debet. *d. N.* 115. *cap.* 3. *in pr.* junct. *N.* 18. *cap.* 1.

171. Si minus quam legitima relictum sit titulo institutionis, tum competit condictio ex *l.* 30. *Cod. h. t* ad supplementum legitimae.

172. Quae est perpetua et transit in heredes, cum querela intra quinquennium non mota, extinguatur. *l.* 8. §. *ult. ff. h. t.*

173. Nec etiam heredibus datur, nisi praeparata, hoc est mota jam a defuncto. *l.* 8. *ff. h. t.*

174. Si vero legatum dumtaxat, etsi majus legitima, tantum relinquatur, adhuc querela competit, per *d. Nov.* 115. *cap.* 3. *in pr.*

T I T. XIX.
De heredum qualitate et differentia.

175. Heredes sunt vel necessarii, vel voluntarii.

176. Necessarii, vel tales tantum, ut olim erant servi, vel necessarii et sui simul, ut filiifamilias. §. 1. et 2. *h. t.*

177. Filiifam dicuntur *sui*, quia ipso jure et immediate sunt heredes, ut quasi pro ipsis defunctis habeantur dominiumque rerum paternarum, magis continuari in illos, quam transferri videatur. *l.* 11. *ff. de lib. et posth.*

178. Dicuntur necessorii, quia ex rigore juris civilis cogebantur olim esse heredes, sive vellent, sive nollent.

179. Sed jure Praetorio habent beneficium abstinendi, quo hereditati paternae subducere se possunt, cum eodem effectu, quo extranei heredes repudiare possunt. §. 2. *h. t.*

180. Nam ita termini in jure distinguuntur; sui dicuntur se miscere vel abstinere, extranei adire vel repudiare.

181. Voluntarii heredes sunt omnes, qui non sunt sui, hoc est, qui non fuerunt in potestate defuncti, quos etiam extraneos vocamus, licet proximo sanguine junctos. §. 3. *h. t.*

182. Qui autem heredes fiunt, tenentur de cunctis oneribus, etiam ultra vires hereditarias, ideo datur illis duplex beneficium.

183. I. Est jus deliberandi, quo petit heres a judice novem menses, a Principe annum, ut deliberet, an expediat sibi adire hereditatem vel non; tempore elapso tenetur. §. 5. *h. t.*

184. Secundum, est beneficium inventarii; per quod heres, facta descriptione rerum hereditariarum, intra tres menses, praesentibus creditoribus et legatariis, consequitur haec tria commoda;

185. I. Quod non teneatur ultra vires hereditarias. *l. ult.* §. 4. *C. de jure delib.*

186. II. Quod nihilominus deducere possit Falcidiam de legatis, Trebellianicam de fideicom. *d. l. ult.* §. 4.

187. III. Quod servare possit id, quod sibi a defuncto debebatur. *d. l. ult. Cod. de jure delib.*

188. Incommoda neglecti inventarii, vicissim 3. sunt;

189. I. Tenetur heres creditoribus in infinitum.

190. II. Perdit Falcidiam, non tamen legitimam respectu legatariorum, nec quidem Trebellianicam.

191. III. Perdit hoc, quod sibi a defuncto debebatur. *d. l. ult.*

192. Postremo, Hereditas adquiritur ipso jure, vel facto.

193. Ipso jure a suis heredibus.

194. Facto ab extraneis.

195. Idque adeundo, vel pro herede gerendo.

196. Aditio est declaratio, quod quis velit esse heres.

197. Pro herede gestio, est demonstratio re et facto significata, quod quis heres esse velit.

198. Hinc sui heredes, etiam ignorantes, transmittunt heredit. ad suos successores, quod hodie in omnibus liberis, quanquam non suis, obtinet. *l. unic. Cod. de his, qui ante apert. tab.*

199. Reliqui extranei heredes, non aliter transmittunt hereditatem ad suos successores, quam ipso facto aditam et adquisitam, §. *ult. h. t. l. unic.* §. 5. *Cod. de cadue. toll.* nisi ex justissima causa restitutio in integrum concedatur, *l.* 86. *ff. de adq. vel omit. hered.*

TIT. XX. *De legatis.*

200. Legatum est donatio quaedam, a defuncto relicta, ab herede praestanda. §. 1. *h. t.*

201. Legari possunt res quaelibet, mobiles et immobiles, etiam incorporales, veluti nomina et actiones. §. 21. *h. t.*

202. Et liberatio ab aere alieno. §. 12. *h.*

203. Et optio, qua heres ex plurimis rebus optimam eligere potest. §. 23. *h.*

204. Alioqui, cum res in genere legatur, tum electio est quidem legatarii, sed non potest optimum eligere. *l.* 37. *ff. de legat.* 1. §. 22. *h. t.*

205. Res quoque aliena recte legatur, modo legatarius probet testatorem scivisse quod res aliena esset, §. 4. *h. t.* nisi conjuncta persona sit, ut parens, uxor, frater aut soror; his enim indistincte debetur. *l.* 10. *C. de legat.*

206. Res quoque oppignorata recte legatur, sed legatarius eam liberare debet, nisi probet, testatorem bene scivisse, quod oppignorata esset. §. 5. *h. t.*

207. Si quis rei sibi legatae interim dominus est factus ex causa lucrativa, is legatum petere non potest, secus si ex onerosa, §. 6. *h. t.* quia duae lucrativae causae concurrentes se invicem consumunt. *d.* §. 6.

208. Res tamen, quae nec sunt, nec possunt esse in rerum natura, §. 7. *h.* vel quarum legatarius non habet commercium, non possunt legari, adeo, ut nec aestimatio debeatur. §. 4. *h.*

209. Sed res aliena, si ipsa praestari nequit, aestimanda est, pretiumque legatario praestandum. *d.* §. 4.

210. Si res una duobus conjunctim legetur, ac unus deficiat, neque legatum agnoscat, tum pars deficientis accrescit conjuncto, sed post agnitum transmittitur.

211. Verum, si singulis partes distinctae ejusdem rei legentur, tunc portio deficientis manet penes heredem. §. 8. *h. t. l. unic. C. de caduc. toll.*

212. Si res legata perierit culpa aut facto heredis, ipse tenetur, si casu fortuito ante moram, tunc periculum est ipsius legatarii. §. 16. *h. t.*

213. Relinqui possunt legata omnibus, cum quibus est testamenti factio passiva. §. 24. *h. t.*

214. Et si in nomine sit erratum, vel in demonstratione ac descriptione rei, talis error, modo voluntas constet, nihil nocet. §. 29. *et* 30. *h. t.*

215. Ne falsa quidem causa, sive ratio impulsiva nocet, nisi heres probare possit, quod testator nullo modo legatum reliquisset, nisi putasset, causam illam esse veram. §. 31. *h. l.* 72. §. 6. *ff. de cond. et demonst.*

216. Potest legatum vel ante, vel post heredis institutionem collocari, sed naturalis situs est, ut institutio, tanquam basis et fundamentum, prius ponatur, legata sequantur. §. 34. *h. t.*

217. Olim poenae causa non poterat legari; hoc est, ad coercendum heredem; hodie potest, modo conditio non sit turpis, aut impossibilis, quae vitiat legatum §. *ult. h. t.* Scilicet, quia heredi adjicitur; nam si legatario esset adjecta, pro non scripta haberetur. §. 10. *supr. de hered. instit.*

TIT. XXI. *De ademptione legatorum.*

218. Legata adimuntur expresse, vel tacite.

219. Utroque modo verbis, aut re.

220. Verbis expresse, cum testator ait, quod legavi; hoc non do, non lego.

221. Verbis tacite, cum legatum transfertur ab uno in alium; ut, quod Titio legavi, hoc Cajo do, lego.

222. Re expresse, cum testator legatum delet, aut cancellat.

223. Tacite, cum rem legatam absque necessitate alienavit. §. 12. *praeced. tit. et h. t.*

TIT. XXII. *De lege Falcidia.*

224. Lege Falcidia cautum est, ut si heres quartam bonorum non habeat salvam, tantum de legatis detrahere possit, ut quartam suae portionis retineat liberam. *pr. et* §. 1. *h. t.*

225. Judicium hoc, an quarta sit salva, colligendum est ex quantitate bonorum, quae tempore mortis fuit: incrementum aut decrementum postea superveniens non attenditur. §. 2. *h. t.*

226. Cessat lex Falcidia respectu testatoris, in testamento militis, *l.* 7. *C. h. t.* et cum testator expresse quartam detrahi prohibuit. *N.* 1. *c.* 2.

227. Respectu heredis, si quibusdam legatariis non ignorans vires hereditatis, solida Legata solverit, et quando heres inventarium facere neglexit. *d. Nov.* 1. *cap.* 2.

228. Respectu rei Legatae cessat in legato ad pias causas relicto. *Nov.* 131. *cap.* 12. in rebus alienari prohibitis. *auth. Sed et in ea Cod. hoc tit.*

229. Hactenus de his, quae testamento directe relinquuntur. Liberalitates indirectae vocantur Fideicommissa.

TIT. XXIII. *De fideicommiss. Hereditatibus.*

230. Est autem Fideicommissum omne id, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut det, vel faciat.

231. Estque universale, vel particulare.

232. Universale, cum quis rogatur totam hereditatem, vel assis partem, alii restituere. §. 1. *h. t.*

233. Qui rogatur restituere, ille dicitur fiduciarius, et cui restitutio fieri debet, is est fideicommissarius.

234. Hac de re est Senatus Consultum Trebellianum, cujus tria sunt capita, *Primum*, Ut heres rogatus cogi possit ad restitutionem hereditatis, sed tum absque omni damno, vel lucro. *l.* 4. *ad SCtum Trebell.*

235. *Secundum*, ut heres, qui restituit hereditatem, quartam habeat salvam.

236. *Tertium*, ut pro rata onus aeris alieni dividatur inter fiduciarium et fideicommissarium. §. 7. *h. t.*

137. Sed legata solvi debent a solo fideicommissario, nisi fiduciarius plus quarta habeat. *l.* 1. §. *ult. ff. eod.*

238. Fructus percepti, dum bona erant apud fiduciarium, non restituuntur, sed imputantur Quartae, *l.* 18. §. 1. *ff. eod* exceptis liberis primi gradus, qui habent quartam supra fructus. *l.* 6. *C. ad S. C. Treb.*

239. Quibus legitima debetur, hi non possunt supra legit. deducere quartam Trebellianicam, quia haec demum competit, cum quarta non est salva: sed qui habet legitimam, ille plus quarta habet; aliter in foro receptum est. Sand. *lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 3.

210. Potest quoque ab intestato fideicommissum relinqui, cum heres legitimus nullo facto testamento, rogatur alicui restituere hereditatem. §. 10. *h. t.*

241. Etiam ille, cui ex fideicommisso restituenda hereditas, denuo rogari potest, ut alii restituat hereditatem, quod est fideicommissum graduale, et hic rursus alii, ac ita porro usque in perpetuum.

242. Sed tamen ultra quartum gradum vix extenditur, nisi enixa testatoris voluntas sit in contrarium. *Nov.* 159.

243. Caeterum, quarta non nisi semel deduci potest.

244. Cum testator heredem coram rogavit, ut restituat, tum valet fideicommissum sine ullis solemnibus et testibus, denique, si neget heres, jurare debet. §. *ult. h.*

245. Alioqui testes quinque requiruntur, in omni ultima voluntate. *l. ult. in fin. Cod. de jure Codicill.*

TIT. XXIV.
De singulis rebus per fideic. relictis.

246. Particulare fideicommissum est cum heres vel legatarius rogatur a testatore, ut rem certam alii restituat, veluti fundum, vel

pecuniam. *pr. h. t.* Sed hoc jure novo in effectu nihil differt a legato. §. 3. *supra de Legat*

247. Verbis tantum discrepant, ita ut quod verbis directis et imperativis relinquitur, legatum dicatur; quod obliquis precativis, fideicommissum. §. *ult. h. t.*

TIT. XXV. *De Codicillis.*

248. Quia saepe fit, ut homines non possint tot adhibere solemnitates, quot in testamento requiruntur, placuit recipere codicillum.

249. Qui est, testati vel intestati voluntas minus solemnis, carens heredis institutione.

250. Fit enim testato vel ab intestato; cum testato fit, tum vires capit ex testamento; cum ab intestato, tum sua vi subsistit, et heres legitimus reliete implere debet. *l.* 8. *in pr. et* §. 1. *ff. h. t.*

251. Directe quidem in codicillo, nec heredis institutio, neque exheredatio, nec adjectio conditionis, vel substitutio fieri potest, sed per fideicommissum haec omnia recte codicillis inseruntur. §. 2. *h. t. l.* 2. *C. h. t.*

252. In codicillo, duo solemnia requiruntur, 1. ut quinque testes adsint, 2. ut sine interruptione fiat; reliqua solemnia testamentorum hinc abesse possunt: ideoque et mulier potest esse testis in codicillo, et plures codicilli omnes valere possunt. §. *ult. h. t.*

253. Testamentum vitiosum valet jure codicilli, si clausula codicillaris adjecta sit. *l.* 41. §. 3. *ff. de vulg. et pupill. subst.*

254. Effectus hujus clausulae est, quod heres ab intestato rogatus censeatur, ea, quae perperam testamento sunt disposita, per modum fideicommissi supplere. *l.* 2. §. *ult. h. t. l.* 13. §. *ult. h. t. l.* 76. *ff. ad Sc. Treboll.*

255. Supplet haec clausula defectum solemnitatum; sed vitia, quae testamentum solemniter factum subverterent, emendare non potest; ut liberorum praeteritionem, vel exheredationem, etc. Aliter in foro servant. Sandius *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 12.

LIB. III.

DE ORDINE SUCCEDENDI AB INTESTATO.

Tredecim priores libri tertii titulos, quia nihil quam jus obsoletum continent, praeteribimus, eorumque loco *Nov.* 118. de success. ab intestato breviter exponemus.

2. Tres sunt ordines succedentium ab intestato: 1. descendentium, 2. adscendentium, 3. collateralium.

3. Descendentes, sunt vel ex justis nuptiis, vel extra eas.

4. Extra has sunt vel Legitimi, vel Illegitimi. Legitimi, ut 1. adoptivi, qui succedunt ut naturales. §. 14. *de hered. qu. ab. intest.*

5. 2. Legitimi, qui succedunt, si per subsequens matrimonium legitimi sint facti, §. 2. *eod. tit.* per rescriptum Principis non aliter, quam deficiente prole legitima. *Nov.* 89. *c.* 9.

6. Illegitimi sunt nothi, spurii, ex/farii, quales incestuosi, adulterini.

7. Naturales non legitimati, succedunt matri simpliciter, patri in sex/antem: cum matre dividendum, si legitima proles desit, que extante, tantum sunt alendi. *d. Nov.* 89.

8. Spurii, hoc est petre incerto nati, paternam successionem nullo modo habere possunt; matri succedunt, nisi illustris sit et liberos habeat legitimos. *l.* 5. *Cod. ad Sctum Orfit.*

9. Libori adulterini, incestuosi, et contra alie legum praecepta nati, adeo non succedunt, ut ne alimentis quidem digni habeantur. *N.* 89. *cap. ult.*

10. Liberi ex justis nuptiis, sunt vel ex eodem, vel ex diversis matrimoniis.

11. De his qui e diversis, haec regula est, communi parenti succedunt communiter, proprio separatim; exceptis iis, quae parens communis a priori conjuge, vel e liberis prioris matrimonii praemortuis lucratus est.

12. Haec enim ejusdem matrimonii liberis cedunt solis. *l.* 3. *C. de secund. Nupt.*

13. Liberi ejusdem matrimonii, sunt vel primi, vel ulterioris gradus.

14. Liberi primi gradus succedunt in capita, ulterioris in stirpes, sive jure repraesentationis; quando plures liberi tantundem accipiunt, quam solus eorum parens habiturus fuisset.

15. Haec repraesentatio in linea descendendi semper et in infinitum habet locum. *cap.* 1. *d. Nov.* 118.

16. Deficientibus liberis, vocantur adscendentes, ita ut prior gradu potior sit jure; pares gradu, jure etiam pares.

17. In primo gradu dividuntur bona in capita; sed in ulteriori, divisio fit secundum lineas, ita ut adscendentes materni auferant unum, paterni alterum semissem, licet numeri disparis, et licet ab uno latere cnocta bona venerint.

18. Cum adscendentibus tamen vocantur fratres et sorores utriusque conjuncti et liberi praemortuorum, hi in stirpes, reliqui in capita *Cap.* 2. *dict. Nov.* 118. juncta *Nov.* 127. *Cap.* 1.

19. Sequuntur Collaterales, quorum primi vocantur fratres et sorores, defuncto utrinque conjuncti, et praemortuorum liberi, sed hi in stirpes.

20. Ab uno latere conjuncti excluduntur, etiam a liberis fratrum germanorum.

21. Si vere nulli sint fratres, sed tantum liberi fratrum, tum hi in capita pariter admittuntur, licet ex uno fratre plures quam ex altero sint nati.

22. Nam repraesentatio in hac linea non habet locum, nisi liberi concurrant cum propriis thiis, vel uno saltem ex illis.

23. Liberi Germanorum praeferuntur liberis uterinorum et consanguineorum, quia parentes eorum praecedunt, ergo et ipsos.

24. Sed fratres uterini et consanguinei, aequale jus habent, pariterque succedunt, sine discrimine inter paterna maternaque bona; quod secus in foro receptum videtur. Sand. *l.* 4. *tit.* 7. *def.* 1.

25. Secundum hos reliqui agnati, cognati, mares, feminae, juxta ordinem graduum simpliciter vocantur, potius qui priores sunt, pariter, qui pares sunt.

26. Hinc patruus defuncti et fratris filius simul succedunt; nam quod filius fratris praefertur in *d. cap.* 2. id accipiendum de concursu cum propriis thiis et adscendentibus defuncti, non aliter.

27. Deficiente omni sanguinis linea, postrema conjuges vocantur ex Edicto praetoris, *Unde vir et uxor.*

28. Imo et alias conjux pauper succedit defuncto locupleti in virilem portionem, si plures sint tribus liberis, si pauciores, vel nulli, tunc in quartam. *auth. Praeterea. Cod. Unde vir et uxor.*

29. Si nec conjuges extent, bona, ut vacantia, ad fiscum devolvuntur, modo intra quadriennium agnoscantur. *l.* 1. *C. de bon. vacant.*

TIT. XIV. *De Obligationibus.*

30. Dictum est de adquisitione dominii, sequitur obligatio, quae est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura. *pr. h. t.*

31. Dividitur in naturalem, civilem et mixtam.

32. Naturalis est, quae nititur solo aequitatis vinculo, ut ex pacto nudo; haec non parit actionem, sed tantum exceptionem.

33. Civilis est, quae aequitate destituta, legum subtilitate nititur, ut est obligatio ejus, qui metu coactus aliquid promisit; Talis parit actionem, sed quae per exceptionem eliditur.

34. Mixta est, quae et aequitate et vi legum fulcitur.

35. Haec oritur ex contractu, vel delicto, utroque vero vel quasi. §. *ult. h. t.*

36. Contractus est duorum vel plurium in idem placitum consensus, sua vi producens obligationem et actionem.

37. Estque duplex, nominatus et innominatus; ille, qui certum et distinctum nomen habet; hic, qui certo nomine caret.

38. Hujus quatuor sunt species, quae sic exprimuntur; do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

39. Nominati contractus sunt quadruplices: contrahuntur enim, aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu. De quasi-contractibus infra agetur.

TIT. XV. *Quibus modis re contrahitur.*

40. Re dicuntur iniri obligationes, quae non aliter quam traditione perficiuntur.

41. Tales sunt quatuor, mutuum, commodatum, depositum, pignus.

42. Mutuum est contractus, quo res constans pondere, numero et mensura, datur alicui utenda et absumenda, hac lege, ut in eodem genere, non in specie restituatur.

43. Actio, quae hinc nascitur, condictio certi appellatur. *pr. h. t.*

44. Commodatum est contractus, quo certa corpora dantur utenda ad certum modum ac tempus, hac lege, ut in eadem specie restituantur.

45. In mutuo transfertur dominium, in commodato usus tantum.

46. In mutuo, casus fortuitus est periculo accipientis.

47. In commodato, si res fortuito pereat, hoc damnum est commodantis, commmodatarius tantum de culpa tenetur.

48. Culpa autem est triplex, lata, levis et levissima.

49. Regula autem de praestatione culpae, haec est: in quo contractu vertitur utilitas ejus tantum, qui de culpa queritur ibi tantum lata culpa praestatur, hoc est, inexcusabilis negligentia mulctatur.

50. Ubi vero ejus tantum vertitur utilitas, qui de culpa accusatur, ibi levissima culpa praestatur, hoc est, si alius ullo modo diligentior esse potuisset.

51. In quibus denique utilitas utriusque consistit, ibi levis culpa mulctatur, hoc est, quod contra officium diligentis patrisfamilias est commissum.

52. Hae regulae sunt in *l.* 5. §. 2. *ff. Commodati.*

53. Igitur, si commodatarius culpam admiserit; quia tantum in ipsius gratiam contractus initur, omnem, id est, levissimam praestare debet.

54. Depositum est contractus, quo res mobilis datur alicui custodienda, sub fide eamdem restituendi.

55. Actio, inde nascitur directa et contraria, ut etiam ex commodato.

56. Directa datur commodanti et deponenti ad rem repetendam.

57. Contraria, depositario et commodatario, ad repetendas impensas in rem factas, cum eo quod interest, utrobique.

58. Species depositi est sequestratio, cum res litigiosa apud tertium deponitur.

59. Eaque duplex est, voluntaris et necessaria.

60. Voluntaria fit consensu partium, necessaria per auctoritatem judicis.

61. Sed haec non est licita, nisi specialis necessitas eam postulet. *l. un. C. de prohib. sequest.*

62. Quartus realis contractus, est pignus, §. *ult. h. t.* quando debitor creditori rem dat custodiendam in securitatem crediti.

63. Actio inde nascitur pigneratitia, quae est directa vel contraria.

64. Directa datur debitori soluta pecunia, ad pignus repetendum.

65. Contraria creditori ad repetendas impensas, et quod interest praeterea.

66. Culpa in hoc contractu, quia utriusque vertitur utilitas, levis, hoc est mediocris praestatur. *l.* 5. §. 2. *ff. Commod.*

TIT. XVI. *De verborum obligat.*

67. Obligatio, quae verbis contrahitur, stipulatio dicitur, quae olim fiebat per solemnem verborum conceptionem §. 1. *h. t.*

68. Poteratque tantum inter praesentes et sine intervallo fieri, §. 12. *Inst. de inutil. stipulat. l.* 1. §. 1. *ff. h. tit.*

69. Vulgaribus verbis facta promissio, pactum nudum dicebatur, poteratque per literas, vel per nuncium fieri. *t. tit. ff. de pactis.*

70. Sed ex eo non dabatur actio. *l. 7. in pr. et* §. 1. *eod. t.*

71. Verum hodie solemnitas verborum non modo sublata est, sed et quaelibet promissa, licet inter absentes facta, pariunt obligationem, ita ut nunc pacta sint tantum in usu; omniaque vim stipulationis habeant.

72. Fieri potest promissio pure, vel in diem, aut sub conditione. §. 2. *et* 4. *h. t.*

73. Pure, cum obligatio statim nascitur, et statim peti potest, nisi quod judex justum aliquod laxamentum dare possit. §. *ult. infra de inutil. stipul.*

74. Obligatio in diem nascitur quidem statim, ita ut solutum repeti non possit. *l.* 10. *ff. de condict. indeb.* sed peti cum effectu potest die praeterlapso. §. 2. *h. t.*

75. Scilicet, cum nata est obligatio sine effectu petendi, dies dicitur cadere; quando cum effectu peti potest, dies venire dicitur.

76. Actio ex promissione dicitur, vel ex stipulatu, vel condictio certi.

77. Haec, cum id, quod in obligationem deducitur, certum est, hoc est, ubi constat, quid, quale, quantum sit.

78. Ex stipulatu datur, ubi res incerta est, qualis est si quis factum promisit.

79. Nihil autem obstat, quo minus hic ipse cogatur ad faciendum quod promisit, etsi plerumque si non faciat, in id quod interest agatur. *l.* 72. *ff. h. t.* Quod cum incertum sit, poenalis stipulatio ejusmodi promissis subjungi solet. §. *ult. h.*

TIT. XVII. *De duobus reis stipul. et promitt.*

80. Quando duobus eadem res vel pecunia promittitur in solidum, illi sunt duo rei stipulandi.

81. Et cum duo sese in solidum obstringunt, illi sunt duo rei debendi.

82. Hi olim non habebant beneficium divisionis, sed Doctores et usus fori hoc ipsis largiuntur, per *Nov.* 99. quae tamen loquitur tantum de fidejussor. qui pro se mutuo spoponderunt.

83. Possunt hi duo rei in quolibet contractu constitui. *l.* 9. *ff. h. t.*

TIT. XVIII. *De stipul. servorum praeteribimus.*

TIT. XIX. *De Divisione stipulat.*

84. Stipulationes sunt quadruplices, Praetoriae, Judiciales, Communes et Conventionales.

85. Praetoriae sunt, quae absque litis contestatione a magistratu injunguntur; quanquam, an praestandae sint, vel non, litigari quidem possit.

86. Tales sunt, stipulatio damni infecti, qua dominus aedium ruinosarum cavere debet vicino; vel stipulatio legatorum, qua heres cavet de legato restituendo; item cautio de evictione; cautio quod res vendita non sit vitiosa; et cautio fructuaria. §. 2. *h. t.*

87. Omnes hae stipulationes Praetoriae debent per fidejussores confirmari. *l.* 7. *ff. de stipul. praetor.*

88. Judiciales sunt, quae in judicio post litem contestatam praestari jubentur, veluti de restituendo rei pretio, si suspicio sit, ne res, de qua lis est, dilapidetur, vel dolum malum abesse, abfuturum esse. §. 1. *h. t.*

89. Communes sunt, quae aliquando a Judice, aliquando a Magistratu, modo extra, modo post litem contestatam, praestari jubentur, ut est

cautio de rato; ad quam procurator actoris, cujus mandatum non est liquidum, tenetur. §. *ult. h. t.*

90. Conventionales sunt reliquae omnes stipulationes, quibus aliquid promittitur. §. 3. *h. t.*

TIT. XX. *De Inutilibus stipulat.*

91. Inutiles sunt stipulationes, 1. ratione personarum, 2. ratione formae, 3. ratione materiae subjectae.

92. Ratione personarum, si mutus, surdus, furiosus, infans, stipuletur aut promittat. §. 7. 8. *et* 9. *h. t.*

93. Prodigus et pupillus stipulari quidem possunt, promittere non possunt. *d:* §. 9. *et l.* 6. *ff. de verb. obligat.*

94. Alius quoque pro alio stipulari nequit, nisi sua intersit, aut in potestate sit ejus, cui stipulatur. §. 4. *et* 19. *h. t.*

95. Ratione formae, inutilis est stipulatio, si interrogatio et responsio non conveniant, §. 5. *h.* quatenus tamen discrepantia divisibilis est, ut in summa pecuniae, valet obligatio. *l.* 1. §. 4. *de verb. oblig.*

96. Dissensus circa res ipsas, vitiat stipulationem, non aeque circa materiam et qualitates. §. 23. *h. t. l.* 22. *de verb. oblig.*

97. Conditio impossibilis, vitiat contractum, §. 11. *h. t.*

98. Absentia vitiat stipulationem, §. 12. *h.* quod tamen hodie secus est, quia solemnitas verborum amplius non spectatur.

99. Ratione materiae non potest promitti res, quae est extra commercium. §. 2. *h.*

100. Neque res aut factum turpe. §. 24. *h.*

101. Denique, proprias res inutiliter stipulamur. §. 2. *h. t.*

TIT. XXI. *De Fidejussoribus.*

102. Fidejussor est, qui stipulanti creditori promittit, sua fide et periculo fore quod alius debet, manente tamen obligatione principali.

103. Ab eo differt expromissor, qui alienam obligationem novandi animo in se recipit; ita ut primus debitor plane liberetur. §. 3. *infra quib. mod. toll. oblig.*

104. Dantur fidejussores in omnibus causis, exceptis criminalibus, in quibus agitur ad cruciatum corporis, quamvis et ibi aliquando fidejussor, judicio sistendi causa admittatur. *l.* 1. cum *seqq. ff. de cust. et exhib. reor.* §. 1. *h. t.*

105. Si plures sint fidejussores, illi habent beneficium divisionis, ut singuli pro parte sua tantum teneantur. §. 4 *h. t.*

106. Et si solidum solvant, prius petere possunt, ut actiones sibi cedantur. *l.* 36 *ff. h. t.*

107. Novissime datum quoque est beneficium ordinis sive excussionis, quo nullus fidejussor conveniri potest cum effectu, antequam debitor principalis sit excussus, nisi hic procul absit, et sponsor sit praesens, *Nov.* 4. *cap.* 1. ubi hoc beneficium extenditur quoque ad tertium possessorem hypothecae.

108. His tribus beneficiis potest renunciari, per *l.* 29. *Cod. de pactis*, sed beneficio cedendarum vix solet renunciari, quia non praejudicat creditori.

109. Heredem fidejussoris manere obligatum, non est dubium. §. 2. *h. t.*

110. Actio fidejussori, quando solvit, datur, mandati adversus debitorem principalem, si rogatus sit; si ultro spopoderit, datur actio negot. gestorum. §. 6. *h. t.*

TIT. XXII. *De literar. obligationibus.*

111. Literis obligatur, qui scripsit in chirographo, se accepisse pecuniam, quam tamen non accepit; hic intra biennium habet tria remedia.

112. I. Potest potestari de numeratione non facta.

113. II. Potest condicere suum chirographum. *l.* 7. 8. *et* 9. *C. de non num. pecun.*

114. III. Si conveniatur, habet except. non num. pecuniae, quam creditor non aliter potest elidere, quam probando numerationem. *l.* 10. *et l.* 14. *eod. h. t.*

115. Elapso biennio, nullum habet remedium, *d. l.* 14.

TIT. XXIII. *De obligat. ex consensu.*

116. Consensu ineuntur obligationes quidem omnes; sed quae solo et nudo consensu perficiuntur, hae per excellentiam dicuntur consensuales.

117. Ut sunt emptio venditio, locatio, conductio, societas, mandatum.

TIT. XXIV. *De empt. et vend.*

118. Emptio venditio est, conventio, qua id agitur, ut rei dominium certo pretio in aliquem transferatur.

119. Dicimus, *id agitur*, neque enim semper transfertur dominium, ut cum res aliena venditur, quod fieri potest. *l.* 6. *ff. de contrah. empt.*

120. Tria hujus contractus substantialia dicuntur, consensus, merx et pretium.

121. Quamprimum perfectus est consensus, valet confestim contractus, nisi convenerit, ut in scriptura fiat. *pr. h. t.*

122. Perfecto contractu, venditor praecise cogitur ad rem tradendam, et emptor ad pretium solvendum. *l.* 6. *Cod. de rescind. vend.*

123. Pretium debet praecise consistere in pecunia numerata; nam ubi res pro re datur, est permutatio, et venitur contractus innominatus.

124. Periculum rei venditae nondum traditae, ex casu fortuito, pertinet ad emptorem, ut et commodum atque augmentum. §. 3. *h. t. l.* 14. *ff. de peric. et comm. rei vend.*

125. Actio inde nascitur Empti et venditi; utrimque directa; Illa datur Emptori, ad rem, haec Venditori, ad pretium petendum.

TIT. XXV. *De Loc. et cond.*

126. Locatio conductio, est conventio de re fruenda, vel facienda, pro certa mercede

127. Est igitur aut rerum, aut factorum. Emphyteusis est affinis huic contractui, sed quomodo differat, ex definitione colligitur.

128. Nam Emphyteusis est contractus, quo dominus fundi sui usum et fructum, et jus dominio proximum, alicui tradit hac lege, ut quamdiu pensionem solvat, illud jus retineat. §. 3. *h. t.*

129. Finitur Emphyteusis, si Emphyteuta suum jus absque domini consensu alienet. *l.* 3. *Cod. de jure emphyt.*

130. Sed locatio conductio finitur praecipue, I. Si tempus praefinitum sit elapsum. II. Si conductor re male utatur. III. Si dominus ipse sua re necessario indigeat. *l.* 3. *Cod. locat.* Denique IV. si conductor intra biennium non solvat mercedem. *l.* 56. *D. eod. tit.* In emphyteosi est triennium.

131. Culpam praestat conductor levem, quia utriusque utilitas hic vertitur. *l.* 5. §. 2. *ff. commodati.*

TIT. XXVI. *De Societate.*

132. Societas est conventio de rebus, lucroque et damno communiter habendis.

133. Est vel generalis omnium bonorum, vel specialis certarum rerum.

134. Simpliciter inita, generalis intelligitur, sed tantum quoad lucrum et damnum ex negotiatione seu quaestu. *l.* 7. *cum seqq. ff. h. t.*

135. Verum expresse de omnibus bonis inita societas, hereditates quoque omniaque lucra et damna complectitur. *l.* 3. *et l.* 73. *ff. h. t.*

136. Partes lucri et damni sunt aequales, juxta proportionem sortis quam quisque contulit, §. 1. *h. t.* sed pacto inaequalitas potest constitui; modo ne unus ferat omne damnum, et alter omne lucrum.

137. Finitur societas, I. Renunciatione unius ex sociis, propter odium communionis, licet pactum sit contra. § 4. *h. t. l.* 14. *et* 70. *ff. h. t.*

138. II. Morte unius ex sociis, inter reliquos omnes solvitur societas, nec pacto quidem ad heredes transire potest, sed pacto inter reliquos superstites potest durare societas. §. 5. *hic. l.* 59. *et l.* 65. §. 11. *ff. h. t.*

139. III. Finito negotio solvitur societas. IV. Amissis socii bonis, tollitur societas, ut confiscatione et cessione bonorum. §. 7. *et* 8. *hic.*

140. Actio hinc nascitur pro socio, utrimque directa, et culpa praestatur levis. §. *ult. h. t.*

TIT. XXVII. *De Mandato.*

141. Mandatum est contractus, quo quis rogatus negotia alterius gratis suscipit administranda.

142. Est vel generale, de omnibus bonis, vel particulare, de certis rebus.

143. Culpa hic levissima praestatur. *l.* 21. *C. h. t*

144. Finitur mandatum, I. Revocatione, II. Renunciatione, utroque casu re adhuc integra impune; alioquin renuncians et revocans, tenentur ad id quod interest, nisi justae caussae aliud suadeant. §. 9. *et* 11. *h. t.*

145. III. Finitur morte mandantis, vel mandatarii. §. 10. *h. t.*

146. Etsi autem gratuitum sit mandatum, potest tamen salarium accedere; At, hoc non petendum actione mandati, sed ex stipulatu, vel extra ordinem. §. *ult. h. t.*

TIT. XXVIII.
De Oblig. quae quasi ex contractu nascuntur.

147. Quasi contractus sunt facta licita, ex quibus sine conventione nascitur obligatio.

148. Tales 5. sunt: *Primus* negotiorum gestio, cum quis sine mandato absentis negotia gerit.

149. Negotiorum gestor, si necessitate urgente rem susceperit, tantum de lata culpa tenetur. *l.* 3. §. 9. *ff. de negot. gest.*

150. Si sponte sine necessitate, levissimam culpam praestat. §. 1. *in fine h. t.*

151. *Secundus* quasi contractus est Tutelae administratio, unde nascitur actio tutelae directa et contraria.

152. Illa datur pupillo contra tutorem, finita tutela, ut reddat rationes, et reliqua praestet.

153. Contraria datur tutori ad repetendas impensas et omnem indemnitatem. §. 2. *h. t. l.* 4. *de cont. tutelae act.*

154. Inter curatorem et minorem eadem datur, sed utilis actio, quae, durante etiam cura, potest moveri. *l.* 16. §. 1. *de tutel. et rat. dist.*

155. *Tertius* quasi contractus, est rei communio, cum duo vel plures rem eamdem habent communem, sine conventione de societate, ut cum duo sunt coheredes aut collegatarii.

156. Hinc duplex nascitur actio, familiae erciscundae, quae datur ad divisionem rerum hereditariarum, et communi dividundo ad divisionem rerum singularum.

157. *Quartus* quasi contractus, est aditio hereditatis.

158. Unde nascitur actio personalis ex testamento.

159. Quae datur legatariis et fideicommissariis adversus heredem, pro solvendis legatis et fideicommissis. §. 5. *h. t.*

160. Sed creditores hereditarii agunt eadem actione, quam contra defunctum habuissent, adeoque non ex quasi contractu.

161. *Quintus* quasi contractus, est solutio indebiti, unde nascitur condictio indebiti, quae datur ei, qui solvit per errorem quod non debebat, saltem ostonaliter. §. 6. *h. t.*

TIT. XXIX.

Per quas personas nobis obligatio adquiritur.

162. In hoc titulo nihil est speciale, quod non fuerit supra in tit. *per quas personas cuique adquiritur.*

163. Nam adquisitio obligationum eamdem habet rationem, quam dominii adquisitio per servos et per filiosf. pro diversitate peculiorum.

TIT. XXX. *Quib. mod. toll. oblig.*

164. Obligatio tollitur vel ipso jure, vel per medium exceptionis.

165. Modi, quibus ipso jure tollitur, sunt IV. Solutio, acceptilatio, novatio, et contrarius consensus.

166. *Solutio* est naturalis sive vera praestatio ejus quod debetur. *in pr. h. t.*

167. *Acceptilatio*, est verborum conceptio, qua creditor debitorem suum ita liberat, ae si solvisset, a qua differt apocha, quae est confessio pecuniae solutae. §. 1. *h. t.*

168. *Tertius* modus est *novatio*, quae definitur prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio.

169. Fitque dupliciter, per delegationem, aut citra illam.

170. Delegatio est novi debitoris in locum prioris substitutio. Ille novus debitor vocatur *expromissor*

171. Sine delegatione fit novatio, cum manentibus eodem debitore et creditore, genus obligationis tantum mutatur, ut si debitor ex empto, se quasi ex mutuo foeneratitio debitorem constituat. *l.* 6. *C. de reb. cred* §. 3. *h. t.*

172. *Quartus* modus est contrarius consensus partium, quo tolluntur contractus consensuales re adhuc integra, nam si res jam tradita sit pretiumque solutum, tunc omnia retro agenda sunt.

173. Praeter hos quatuor modos, sunt adhuc alii.

174. I *Compensatio*, quae est debiti et crediti inter se contributio.

175. Statim enim ac meus creditor mihi vicissim debere coepit, obligatio mea tollitur ipso jure, vel minuitur ad concurrentem summam.

176. Debent autem quantitates esse, non corpora, quae compensantur, item liquida, non controversa. *l. ult. C. de comp.*

177. *Secundus* modus est confusio, quae est debiti et crediti in eamdem personam concursus, veluti, cum debitor fit heres creditori, vel creditor succedit debitori. *l.* 75. *ff. de solut,*

178. *Denique*, rei interitus sine culpa debitoris, liberat ipsum. *l.* 23. *ff. de verb. oblig.*

179. *Postremo*, depositio et obsignatio pecuniae, habet effectum solutionis. *l.* 9. *C. de solut.*

LIB. IV.

TIT. I. *De obligat. quae ex delict.*

1. Delicta, quae secundum obligationis fontem constituunt, sunt vel publica, vel privata.

2. Publica; de quibus ob atrocitatem expresse leges sunt latae, et de quibus olim cuilibet accusandi jus competebat, de quibus *t. ult.* hujus libri.

3. Privata sunt, de quibus hi tantum agunt, ad quos res pertinent, ut sunt furtum, rapina damnum et injuria.

4. De his agitur, aut criminaliter, aut civiliter. *l. ult. ff. de priv. delict.*

5. Criminaliter, cum ad publicam animadversionem proceditur.

6. Sed hoc genus agendi hodie procuratoribus publicis reium criminal. committitur.

7. Civiliter agunt, qui petunt commodum pecuniarium sibimet applicandum.

8. Et hoc modo tractantur in his titulis.

9. Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel rei alienae ipsius, aut usus ejus possessionisve. §. 1. *h. t.*

10. Furtum usus committitur ab eo, qui re deposita vel commodata suo commodo utitur, aliter quam convenit.

11. Furtum possessionis facit debitor, rem a se oppignoratam creditori surripiens. §. 6. 7. *et* 10. *h. t.*

12. Furtum est duplex, manifestum et non manifestum; illud, quando fur cum re ablata deprehensus est, antequam detulisset eam, quo destinaverat; non manifestum contra intelligitur.

13. Poena manifesti est quadruplum, et non manifesti duplum. §. 5. *h. t.*

14. Poena capitis, quae aliquando hodie furibus infligitur, supra exemplum juris Divini et Romani, et omnium gentium antiquarum est, nec satis congruit proportioni justitiae.

15. Datur actio furti illis quorum interest, etsi non sint domini, ut conductoribus, creditoribus et commodatariis. §. 13. *et seqq.* Praeter actionem furti poenalem, datur et condictio furtiva, ad repetendam rem ipsam vel ejus aestimationem, a fure vel ejus herede. §. *ult. hic*

TIT. II. *De Vi bonorum raptorum.*

16. Rapina est violenta rei mobilis ablatio, fraudandi et lucrifaciendi animo facta.

17. Nam si talis animus absit, ut, si quis rem suam vel sibi debitam, aut quam putat suam esse, vel sibi deberi, per vim possessori eripiat, is raptor non est, sed tamen delinquit; quia non legitimo tramite rem reposcit, adeoque perdit rem suam, vel si res sua non sit, duplo punitur. *hic.* §. 1. *l.* 13. *ff. quod metus caus.*

18. Idem est, si res immobilis invasa fuit, nam furtum vel rapina rei immobilis non fit. *l.* 7. *Cod. unde vi.*

19. Actio de vi bonor. raptor. est in quadruplum, cui inest simplum, sive pretium rei, *pr. h. t.* et datur iisdem, quibus actio furti *in fin. h. t.*

20. Competit illis, quorum interest, ut de furto dictum. §. *ult. h. t.*

TIT. III. *De Lege Aquil.*

21. Damnum injuria datum, punitur lege Aquilia, cujus duo sunt capita.

22. *Primo* cautum est, ut qui servum vel pecudem alterius occidit, puniatur quanti res plurimi fuerit, intra annum proximum retro computandum. *pr. h. t.*

23. *Capite.* 2. cavetur, ut is, qui aliud damnum praeter easdem dedit, praestet quanti res plurimi fuerit intra dies 30. §. 13. *h. t.*

24. Sed hodie utroque casu, simpliciter in id quod interest agi solet.

25. Culpa hic levissima punitur; sed casus fortuitus, aut necessitas excusatur. §. 6. *et seqq. h. t.*

26. De homine libero caeso, aut vulnerato, agitur utili judicio legis Aquiliae, in id quod interest. *l.* 3. *ff. si quadr. paup.*

TIT. IV. *De injuriis.*

27. Injuria, est delictum in contumeliam alterius dolo malo commissum.

28. Fitque tribus modis: *re*, veluti verberibus, aliove facto, *verbis*, ut convitio, *literis*, ut libello famoso. §. 1. *h. t.*

29. Poena realis injuriae ex L. Cornelia, et verbalis ex jure Praetorio, est haec, quod is, qui passus est injuriam, aestimet eam, eamque aestimationem judex moderetur. §. 7. 8. *et* 9. *h. t.*

30. Tollitur haec actio I. Per dissimulationem, si quis contumeliam risu vel contemptu transmittat; is enim postea ad animum eam revocare non potest.

31. *Secundo* per remissionem, sive expressam, vel tacitam, quae fit per familiarem conversationem; aliaque animi signa reconciliati.

32. *Tertio* Verbalis injuria tollitur anni spatio. *l.* 5. *C. de injur.* sed realis est perpetua.

33. *Denique*, morte finitur injuria, antequam lis contestata fuerit. §. *ult. h. t.*

TIT. V. *De oblig. ex quasi delicto.*

34. Quasi delicta sunt facta delictis adfinis, qualia in hoc tit. quatuor recensentur.

35. *Primo*, Si judex litem suam fecit, quod fit imperite judicando, et mulctatur pro arbitrio judicis majoris. *pr. h. t.*

36. *Secundum* facit habitator, ex cujus coenaculo aliquid dejectum vel effusum est, quod transeuntibus nocuit.

37. Hic tenetur in duplum damni dati, vel si homo liber sit interfectus, in quinquaginta aureos, supra impensas et id quod interest. §. 1. *h. t.*

38. *Tertium*, qui aliquid positum vel suspensum habet publico loco, quod transeuntibus possit nocere.

39. Ille tenetur in decem aureos, actione populari, quae datur cuilibet ex populo.

40. Sed haec res hodie spectat ad Magistratus urbium. *d.* §. 1.

41. *Quartum* quasi delictum est, si ministri nautae, caupones, vel stabularii, res viatorum et hospitum surripuerint.

42. Illorum Domini tenentur in duplum, at si alius rem abstulerit, in simplum actio de recepto est. §. *ult. h. t.*

TIT. VI. *De Actionibus.*

43. Sequitur tertium juris objectum, Actio, quae est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. *pr. h. t.*

44. Estque duplex, in rem, vel in personam. Actio in rem est, quae datur ei, qui habet jus in re adversus quemvis possessorem, ad jus illud asserendum.

45. Jura in re sunt quinque; *Primo* dominium, unde, nascitur *rei vindicatio*, *Secundo*. jus dominio proximum, quod vocant utile dominium, unde nascitur *utilis in rem actio*. *Tertio* hereditas, unde *hereditatis petitio*. *Quarto* Servitus. *Quinto* pignus. Sed de tribus prioribus hic non agitur.

46. Actio in personam est, quae datur adversus eum, qui nobis est obligatus ad dandum vel faciendum. §. 1. *h. t.*

47. In rem, Ex servitute nascitur *actio confessoria*, veluti cum iter, actum, viam, usumfructum, aliamve servitutem vindicamus. §. 2. *hic.*

48. Huic oppositur *negatoria*, qua dominus asserit praedii sui libertatem, et negat alii competere servitutem. *d.* §. 2.

49. Sunt etiam in rem Praetoriae actiones in §. 3. *hic.*

50. I. Publiciana, quae datur ei, qui rem e non domino, bona fide, justoque titulo comparatam, amisit ante usucapionem, eamque repetit a tertio possessore. §. 4. *hic.*

51. II. *Rescissoria*, qua succurritur his, qui per absentiam rem vel jus suum amiseriot, ut rescissa usucapione adversarii, res ipsis restituantur. §. 5. *h. t.*

52. III. *Actio Pauliana*, per quam creditores repetont ea, quae a debitoribus in freudem ipsorum sunt alienata. §. 6. *h. t.*

53. IV. *Serviana et quasi Serviana*, quae et hypothecaria dicitur, per quam creditores persequuntur res sibi oppignoratas, contra quemvis possessorem.

54. Datur haec actio tam de pignore proprie dicto, cujus possessio transit in creditorem, quam de hypotheca, quae manet penes debitorem. §. 7. *h. t.*

55. Sequuntur actiones personales praetoriae, I. de constituta pecunia, quae datur adversus eum, qui nudo pacto promisit se soluturum quod ipse vel alius debet. §. 9. *h. t.*

56. II. *Actio* in factum ex jurejurando, quae datur contra eum, qui deferente adversario, juravit sibi deberi. §. 11.

57. Actiones poenales Praetoriae, in §. 12. sunt parvi momenti.

58. Porro dividuntur actiones in rei persecutorias, poenales, et mixtas §. 16.

59. *Rei persecutoriae* sunt, quibus persequimur id, quod nostra interest.

60. Constat id quod interest, duabus partibus, damno illato, et lucro cessante.

61. Sunt autem rei persecutoriae, omnes in rem actiones, et omnes ex contractu.

62. Poenales sunt, quibus persequimur poenam legibus constitutam, ut est actio furti et injuriarum etc. §. 18.

63. Mixtae sunt, quae partim poenam, partim id quod interest persequuntur, ut est actio de vi bonorum raptorum, legis Aquiliae etc. §. 19.

64. *Tertio* dividuntur actiones, quod vel in simplum sint, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum. §. 21.

65. Sed hodie haec divisio cessat, neque enim ultra simplum agitur, nisi quando aliter statutis comprehensum est.

66. *Quarta divisio* est, quod actiones sint bonae fidei, stricti juris, et arbitrariae. §. 28.

67. *Bonae fidei* dicuntur, in quibus judex habet liberam potestatem aestimandi ex bono et aequo, quantum alter alteri, etiam ultra expressam conventionem, dare praestare debeat.

68. Stricti juris sunt, in quibus judex non potest excedere terminos expressae conventionis.

69. Ut apparet exemplo usurarum, quae, verbi gratia, in emptione venditione debentur post moram, etsi non promissae; sed in mutuo, quod est stricti juris, non debentur usurae, nisi diserte promissae.

70. Sunt, inquam, bonae fidei, quae oriuntur e contractibus mutuas praestationes habentibus actionesque reciprocas producentibus: Quae autem actiones sint bonae fidei, hoc ex §. 28. aperte liquet, reliqui omnes sunt stricti juris.

71. Tales sunt, omnes consensuales, omnes, qui re contrahuntur excepto mutuo; omnes quasi contractus, excepta condictione indebiti. Actio e testamento mixti juris esse videtur; nam praecipuos bonae fidei effectus possidet, velut in usuris et fructibus, attamen numero strictarum habetur. Praescriptis verbis duae sunt b. f. Æstimatoria, et de permutatione: Reliquae stricti juris. Actio de dote, est etiam bonae fidei.

72. Arbitrariae actiones dicuntur ita, ab arbitrio sive a jussu judicis jubentis rem restitui, cui si reus pareat, bene est, sin minus gravius condemnatur. §. 31.

73. Hujus naturae actiones recensentur in §. 31. et summatim, sunt omnes in rem actiones, excepta hereditatis petitione, quae est b. fidei.

74. *Quinta divisio* est, actiones aliae solidum persequuntur aliae minus quam solidum.

75. Hujusmodi illae sunt, in quibus obtinet beneficium competentiae, hoc est, ne reus teneatur ultra quam facere potest; verum, ut relinquatur ei quantum satis est ad honestam vitae exhibitionem.

76. Datur hoc Privilegium, 1. parentibus, 2. conjugibus, 3. sociis, 4. donatoribus cum ex donatione sua conveniuntur, §. 37. *et* 38. *h. t.* item ei, qui bonis cessit. §. *ult.*

TIT. VII. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.*

77. Ex contractu filiifamilias et servi, contra dominum et patrem, dantur hae actiones. I. Quod jussu, Quae datur ex contractu servi aut filiifam. adversus Patrem vel Dominum, quorum jussu contractus est initus, in solidum. Non tantum, inquam, si pater jusserit, sed et si non mandaverit, vel approbaverit quod filius gessit. §. 1. et 4. *h. t. l.* 1. *Quod juss.*

78. II. Exercitoria, quae datur contra exercitorem navis ex contractu magistri, de negotiis, quibus erat praepositus, etiam in solidum. §. 2.

79. III. Iostitoris, quae datur ex contractu iostitorio, adversus eum, qui ipsum praeposuit, aeque in solidum.

80. Iostitor autem est, qui negotiationi terrestri est praepositus; Magister, qui maritimae

81. Exercitor, ad quem quotidianus navis reditus pertinet. *d.* §. 2. *h. t.*

82. *Tributoria* datur contra patrem vel dominum, qui male diviserunt merces peculiares servi, aut filiifamilias, ad corrigendam iniquam illam divisionem. §. 3. *h. t.*

83. Actio de peculio, datur contra patrem vel dominum, ex contractu servi aut filiifamilias, ad petendum id, quod est in peculio ipsorum. §. 4. *hic.*

84. Intelligitur autem peculium profectitium, non castrense, verum vel quasi, neo quidem adventititium.

85. Actio de in rem verso, datur contra eosdem, ex contractu eorumdem, quatenus ipsorum patrimonium inde auctius est factum. *d.* §. 4.

86. Sed si filiofamilias mutua pecunia sit data, de eo nulla datur actio; quia SCto Macedoniano prohibitum est hoc mutuum, nisi a patre sit approbatum, vel utiliter versum. §. 8. *h. t.*

87. TIT. VIII. *De noxalibus actionibus*, et TIT. IX. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, hodie non habent usum, ideoque eos praeteribimus.

TIT. X. *De iis, per quos agere possumus.*

88. Olim quisque suam causam in judicio per se, non per alium, agere debebat. *pr. h. t.*

89. Sed hodie, cuilibet liberum est dare procuratorem, qui litem alienam mandato Domini administrat.

90. Est vel in rem suam, vel in rem alienam.

91. In rem suam, qui mandato quidem et nomine alterius, sed in utilitatem propriam, agit causam, ut est, cui cessa est actio, titulo donationis, venditionis, dationis in solutum, aliove simili.

92. In rem alienam, qui vere pro alio, non in suum commodum agit.

93. Jure civili cuilibet privato liberum est agere procuratorem causarum. §. 1. *h. t.*

94. Sed hodie ob notitiam ordinis judiciorum, quae cuivis non suppetit, est hoc officium publicum.

95. Idem de Advocatis, qui apud veteres Romanos quilibet ex populo esse poterant.

96. Differunt Advocati a procuratoribus, quod hi mandato constituantur, Advocati precibus adeantur.

97. Procuratores omnia faciunt, quae domini, et post litem contestatam fiunt domini litium, ut et sententia in illos feratur, *l.* 17. *et l.* 23. *C. de procurat.* quanquam judicati actio in illos non datur. *l.* 4. *in pr. ff. de re jud.*

98. Sed Advocati voce dumtaxat et scripto causae patrocinantur.

99. Quibusdam in locis officia Procurator. et Advocat. conjunguntur, ut et procuratores postulent, id est merita causae proponant, quod alioqui est Advocatorum, et Advocati simul procuratoris administrent.

TIT. XI. *De satisdationibus.*

100. Satisdatio est cautio, qua quis adversarium de his, quae ad causam agendam pertineat, facit securum.

101. Quae jure civili hac de re traduntur, ea in praxi aliter atque aliter se habent, adeoque commodius in foro possunt observari.

TIT. XII. *De Perpetuis et temporalibus action. et quae ad et in heredes transeunt.*

102. Actiones perpetuae sunt, quae durant annos 30. quibus elapsis, nulla actio moveri potest, praetor hypothecariam, quae contra debitorem durat 40. annos. *l.* 3. *et* 4. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annorum.*

103. Sunt autem perpetuae, omnes actiones rei persecutoriae, praeter eas, quae excipiuntur.

104. Ut Actiones poenales, civiles, hoc est, quae ex legibus oriuntur; sed Praetoriae sunt annales, ut est vi bonorum raptorum, injuriae verbalis, et similes.

105. Quatenus tamen in factum ad rem persequendam agimus, omnes istae actiones ex delicto sunt perpetuae.

106. Rei persecutoriae temporales, sunt diversae: quaedam biennio finiuntur, ut actio de dolo. *l. ult. C. de dolo malo.*

107. Quaedam triennio, ut actio in rem mobilem. *princ. Inst. de usucap.*

108. Quaedam quadriennio, ut restit. in integr. *l. ult. Cod. de temp. in integr. rest.*

109. Quinquennio, ut querela inofficiosi testam. *l.* 8. §. *ult. ff. de inoffic. test.*

110. Decennio, ut actio in rem immobilem. *d. pr. Inst. de usucap.*

111. Viginti annis, ut eadem actio inter absentes, hoc est, qui in diversis provinciis habitant. *dict. pr. Inst.*

112. Altera regula est, actiones rei persecutoriae transeunt in heredes, exceptis quibusdam ex delicto oriundis. §. 1. *hic.*

113. Actiones poenales non transeunt adversus heredes. *d.* §. 1.

114. Heredibus dantur omnes actiones, etiam, quae ex delicto sunt, exceptis, quae tendunt ad vindictam personalem, ut est actio injuriarum et similes. *d.* §. 1.

TIT. XIII. *De Exceptionibus.*

115. Exceptio, est actionis alioqui jure competentis exclusio.

116. Nam si actio sit ipso jure extincta, tum fit quidem allegatio facti, sed ea non est exceptio, veluti quod solutum, quod novatum, quod accepto latum sit.

117. Dividuntur in perpetuas et temporales, sive peremptorias, et dilatorias.

118. Exempla peremptoriarum sunt, exceptio quod metus causa, de dolo, pacti de non petendo, jurisjurandi, et rei judicatae, denique non numeratae pecuniae, quae semel objecta causam perimit et perpetua est, licet, antequam objiciatur, sit biennalis. §. 1. *et seqq. h. t.*

119. Dilatoriae, pertinent vel ad causam, vel ad judicium, vel ad personas judicium constituentes.

120. Ad causam, ut exceptio pacti de non petendo intra certum tempus.

121. Ad judicium, ut exceptio fori declinatoria.

122. Ad personas, ut exceptio suspecti Judicis, et quod quis personam standi in judicio non habeat, item procuratoris falsi, etc. §. 10. *et seq. h. t.*

TIT. XIV. *De Replicat.*

123. Replicatio est elisio exceptionis quam sequitur triplicatio, et illam quadruplicatio; de quibus in *hoc tit.*

124. In fine additur divisio exceptionum, in reales et personales. Illae, quae rem feriunt, heredibusque et fidejuss. prosunt.

125. Hae, quae certis prosunt personis, ut exceptio, quod quis non teneatur ultra quam facere possit, exceptio pacti de non petendo a Titio vel Cajo nominatim. §. *ult. h. t.*

TIT. XV. *De Interdictis.*

126. Interdicta olim erant formulae, quibus Praetor in causa verae vel quasi possessionis, aliquid fieri jubebat, vel prohibebat. *pr. h. t.*

127. Sed hodie sunt actiones extraordinariae, quibus de possessione vera vel quasi litigatur.

128. Fiunt instar aliorum judiciorum, nisi quod hic summaria sit cognitio, et extra ordinem procedatur.

129. Divisiones sunt variae: praecipua est, interdicta sunt vel adipiscendae, vel retinendae, vel recuperandae possessionis.

130. Adipiscendae sunt, quorum bonorum, quod legatorum, de tabulis exhibendis, etc.

131. Quorum bonorum, datur heredi ad consequendam possessionem rerum hereditariarum, quae ab aliis detinentur.

132. Quod legatorum, datur heredi pro possessione legati, quod legatarius occupavit, ad detrahendam Falcidiam.

133. De tabulis exhibendis, datur ei, cujus interest, ut videat legatque tabulas, §. 3. *h. t. tit. ff. quod legat. et de tab. exhib.*

134. Retinendae possessionis sunt, uti possidetis, et utrubi; illud datur ei, qui contendit se possidere rem immobilem, in qua turbatur ab alio. §. 4. *h. t.*

135. Utrubi, datur ob eamdem causam de re mobili. §. 4. *h.*

136. Vincit in utroque judicio, qui tempore litis contestatae, nec vi, nec clam, nec precario possedit ab adversario.

137. Victus in possessorio, transire debet ad petitorium, nam appellari non potest. *l. unic. C. si de moment. possess.*

138. Recuperandae possessionis interdicta sunt, Unde vi, et de migrando.

139. Unde vi, datur ei, qui dejectus est de possessione fundi, vel aedium, ut restituatur.

140. De migrando, datur inquilino, cui Dominus aedium negat res eo illatas, sine causa evidenti, *t. ff. de Migrando.*

TIT. XVI. *De Poena temere litig.*

141. Temerarius litigator est, qui sine probabili causa litigat.

142. Ille coercetur tribus modis.

143. I. Per jusjurandum calumniae, quod praestat reus, Actor, et advocati; duo priores jurant, quod non animo vexandi aut tergiversandi moveant litem; Advocatus hodie semel pro officio suo, in singulis causis non jurat.

144. II. Per poenam pecuniariam, id est condemnationem in expensas.

145. III. Per infamiam, quae infligitur ex delictis publicis et privatis, excepta actione legis Aquiliae.

146. Item ex quatuor contractibus, propter dolum in illis admissum, scilicet in mandato, deposito, societate, tutela. §. 1. *et* 2. *h. t.*

TIT. XVII. *De Officio judicis.*

147. Judicis Officium est, ita judicare, quemadmodum legibus, moribus, aut constitutionibus est proditum.

148. Nam sententia expresse contra jus lata, est ipso jure nulla, ita ut appellatione non sit opus. *l.* 1. §. 2. *ff. quae sent. sine appellat. rescind.*

149. Particulare officium judicis in variis causis, ex natura singularum actionum colligi debet, qua de re agitur in §. 1. *et seqq.*

TIT. XVIII. *De publicis Judiciis.*

150. Judicium est legitima causae disceptatio quae fit apud Judicem, ex parte actoris et rei, litis finiendae gratia.

151. Dividitur in civile et criminale.

152. Criminale, vel publicum est, vel privatum.

153. Publicum est, vel eapitsle, vel noo capitalc.

154. Capitalia sunt, I. crimen laese Majestatis, cujus reus fit, qui violat jura summae potestatis in republiea.

155. Estque vel perduellio, vel majestatis in specie.

156. Perdnellio, quae animo hostili committitnr. Majestatis in speeie, eum citra hostilem affeetum, lucri aliave causa Majestas laeditur. De hao agitnr ln *l. ult. ff. ad Leg Jul. Majest.* de illa. *l.* 5. *C. ad Leg. Jul. Maj.* §. 3. *h.*

157. *Secundo* Adulterium, quod est corruptio mulieris alii ouptae; nam maritus, rem habens cum virgine vel vidna, non committit adnlterinm, sed stuprum. *l.* 6. §. 1. *ff. ad leg. Jul. de adult.* §. 4. *h. t.*

158. *Tertio* Homicidium, quod punitur lege Cornelia de Siesriis. §. 5. *h. t.*

159. *Quarto* Parricidinm, quod punitnr ex lege Pompeja, exquisito genere poenae, quod habetur in §. 6. *h. t.*

160. Est antem parricidium, bomieidium ejns, qui recta linea nobis est eoojunotus, sive ascendens, sive descendens sit. *d.* §. 6. *in princ. et in fin.*

161. *Quinto* est raptus virginis, vel viduae honestae. in *l. un. Cod. de raptu virginum* §. 8. *in fin. h. t.*

162. *Sexto* Plagium, est suppressin bominis; poena capitalis, aliquaodo tamen et levior poena est. §. 10. *h. t.*

163. *Septimo* Peculatns, quod est fnrtum, publicae rei, vel sacrae, et capite puoitur, sacrilegium semper; pecolatus, si magistratus ipsi, eorumque ministri id deliquerint. §. 9. *h. t.*

164. Non capitalia sunt, veluti I. Falsum, quod est fieta veritatis imitatio, vel suppressio, io fraudem alterius facta. Poena est deportatio. §. 7. *h.*

165. II. Vis publiea, quae fit armis, et privata, quae sine armis. §. 8. *hic.*

166. III. Repetnodarum, quo tcoentur Magistratus, qui peeuniam aceeperunt, quo magis vel quo minus officiom facerent, adeoque ob quaslibet sordes et corruptiones. Poena quoque deportatio est. *l.* 7. §. 3. *de L. Jul. repetund.*

167. IV. Residuorum, quo teneotur, qui peeuniam publicam in eertos usus sibi commissam, nou totam in eos converterunt, sed partem sibi servarunt. Poena est, ut tertia parte plus solvat reus quam aeceperit. *l.* 4. §. 5. *ad L. Jul. pecul.*

168. V. Ambitus, quo tenentur, qui corruptis suffragiis honores ambierunt. Poena est centum aureorum, eum infamia. *l. un.* §. 1. *ff. de L. Jul. Ambitus.*

169. VI. Crimen annonae, cujus reus est, qui hoc agit malis artibus, ut aooona fia. earior, haec sunt in §. 11. *h. t.* Poena est 20. aureorum. *l.* 2. *de L. Jul. de ann.* add. *l.* 6. *de Extraord. crim.*

170. Possnnt autem in his cireumstantiae esse tam atroees, ut judex ad eapitalem quoque pacnam proeedere queat, veluti io stupro sive corruptione mulieris innuptae, quod ioter non capitalia modo est omissum. vid. *l.* 1. §. *ult. ff. de extraord. criminib.* adde *l.* 9. *in fine eod. tit. l.* 6. *ff. ad L. Jul. Peculatus l.* 13. *ff. de poenis.*

REIMPRIMATUR

Maceratae die 22 Januar. 1838

F. JOANNES MATTHAEUCCI ORD. PRAED. S. TH. MAG.
ET VIC. SANCTI OFFICII.

ST. CAN. GAMBINIUS PRO-VIC. GEN.